

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 26^η Φεβρουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ιωάννα Θεμελή Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ειρήνη Αψοκάρδου και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 22-1-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 64/23-1-2020 της Κοινοπραξίας με την επωνυμία, με έδρα στην,, όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά της, που εδρεύει στη, οδός, αριθ., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή), και

Κατά της παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρειών με την επωνυμία - -, που αποτελείται από τις εταιρείες :, με τον διακριτικό τίτλο ή, με έδρα στη, περιοχή, &, με τον διακριτικό τίτλο ... &, που εδρεύει στο -,, με τον διακριτικό τίτλο -, που εδρεύει στο, οδός, όπως η ένωση και εκάστη των εταιρειών εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται: *Να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου φ. διακήρυξη διαγωνισμού με αντικείμενο την «Παροχή Υπηρεσιών Παρασκευής Γευμάτων για τους Πρόσφυγες και Μετανάστες του Κέντρου Υποδοχής και Ταυτοποίησης (Κ.Υ.Τ.) και της Ανοικτής Δομής Προσωρινής Φιλοξενίας (ΔΟΜΕΣ) Στρατόπεδο «.....» Νήσου*».

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

Με την παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη της προσφυγής, και την διατήρηση της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης Διαπραγμάτευσης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 2.500,00 ευρώ, ήτοι ποσόν υψηλότερο του προβλεπόμενου σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, επί τη βάσει του προϋπολογιζόμενου ποσού της σύμβασης (456.675,23 ευρώ χωρίς ΦΠΑ), ενώ το νόμιμο ποσόν παραβόλου ανέρχεται σε 2.283,38 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, με την ένδειξη «δεσμευμένο», και το από 22-1-2020 αποδεικτικό πληρωμής του στην). Συνεπώς, το ανωτέρω παράβολο, κατά το υπερβάλλον μέρος του (216,62 ευρώ) πρέπει να επιστραφεί στην προσφεύγουσα, ανεξάρτητα με την έκβαση της προσφυγής της.

2. Επειδή με την ήδη προσβαλλόμενη υπ' αριθ. πρωτ. Φ. διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής διακηρύχθηκε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με τις προβλέψεις του άρθρου 96 του Ν.4368/16, με αντικείμενο την ανάδειξη παρόχου υπηρεσιών για τη σύναψη σύμβασης Παροχής Υπηρεσιών Παρασκευής Γευμάτων για τους Πρόσφυγες και Μετανάστες του Κέντρου Υποδοχής και Ταυτοποίησης (Κ.Υ.Τ.) και Ανοικτής Δομής Προσωρινής Φιλοξενίας : Στρώο «» Νήσου, CPV – ..., για 21.000 άτομα, επί 4 ημέρες (από 25 έως 28 Ιαν 2020), εκτιμώμενης αξίας 456.675,23 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών εντός δύο ημερών από την ημερομηνία της διακήρυξης ήτοι την 23-1-2020, και με ημερομηνία αποσφράγισης των τεχνικών και οικονομικών προσφορών και διενέργειας της διαπραγμάτευσης, αυθημερόν την 23-1-2020, με την πρόβλεψη ότι Λόγω της κατεπείγουσας ανάγκης τα «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης» θα υποβληθούν και θα εξετασθούν αργότερα την ίδια ημέρα (άρθ. 13, ΣΗΜ. ΕΙΣ. εννοεί την 23-1-2020), με τον ρητό όρο ότι Η διαδικασία

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

σύναψης συμβάσεων ...διενεργείται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, με την επιφύλαξη εφαρμογής της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις (άρθ. 2 της διακήρυξης), με κριτήριο της ανάθεσης αποκλειστικά την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, σύμφωνα με το άρθρο 86 του Ν. 4412/16.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε την 22-1-2020 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) με Α.Δ.Α.Μ., καθώς και στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ:, αυθημερόν την 22-1-2020.

4. Επειδή η διαγωνιστική διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016.

5. Επειδή για την ακύρωση της ως άνω διακήρυξης (σκέψη 3) ασκήθηκε ενώπιον της ΑΕΠΠ η υπό εξέταση προσφυγή εμπροθέσμως και μάλιστα αυθημερόν με την δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ και την ανάρτησή της στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ την 22-1-2020, και πάντως εντός δεκαημέρου από της γνώσεως η οποία έλαβε χώρα αυθημερόν την 22-1-2020, ως αναφέρεται και στην προσφυγή (σελ. 4), και σύμφωνα με τον προβλεπόμενο στον ν. 4412/2016 τρόπο άσκησης, ήτοι με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου από την προσφεύγουσα προς την ΑΕΠΠ, δεδομένου ότι εν προκειμένω η προσφυγή δεν ασκείται στα πλαίσια ηλεκτρονικά διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς επίσης και με την χρήση του προβλεπόμενου τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με τα άρθ. 361 παρ. 1 περ. γ), 362 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και τα άρθ. 4 παρ. 1 περ. γ), 8 παρ. 2, 4 του ΠΔ 39/2017. Η δε προσφυγή κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ και από την αναθέτουσα αρχή την 29-1-2020.

6. Επειδή την 23-1-2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, με ηλεκτρονικό μήνυμα.

7. Επειδή την 23-1-2020 αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ:, καθώς και στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ, η με αριθ. Φ. απόφαση κατακύρωσης της προμήθειας της επίμαχης διακήρυξης, στην

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

παρεμβαίνουσα, η οποία κλήθηκε όπως προσέλθει την 24-1-2020 για την υπογραφή της σύμβασης, διάρκειας εκτέλεσης 4 ημερών ρητά από 25 έως και 28 Ιανουαρίου 2020.

8. Επειδή την 23-1-2020 αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ:, καθώς και στο ΚΗΜΔΗΣ την 24-1-2020 με ΑΔΑΜ, η με αριθ. Φ. σύμβαση προμήθειας του αντικειμένου της επίμαχης διακήρυξης μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της παρεμβαίνουσας.

9. Επειδή υπέρ της διατήρησης της προσβαλλόμενης διακήρυξης εμπρόθεσμα ασκήθηκε την 31-1-2020 η με αριθ. ΑΕΠΠ ΠΑΡ 84/2020 παρέμβαση, με τον νόμιμο προβλεπόμενο τρόπο κατάθεσης με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ, δεδομένου ότι η επίμαχη διαδικασία ανάθεσης δεν είχε διεξαχθεί ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, και σύμφωνα με τα άρθ. 362 παρ. 1, 2 και 3 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 7 του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή γνωστοποίησε την 4-2-2020, με μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, το με αριθ. πρωτ. Φ. έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής, καθώς και τον φάκελο της υπόθεσης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 9 του ΠΔ 39/2017.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθ. 346 παρ. 1, και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθ. 3 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, κατόπιν των με αριθ. 96/2020, και 233/2020 Πράξεων των Προέδρων του 6^{ου} Κλιμακίου *περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί αιτήματος προσωρινών μέτρων, και Τροποποιητική Πράξη..*

12. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της διακήρυξης, και επικαλούμενη τα άρθ. 27 παρ. 1 και 3, άρθ. 18 παρ. 1, 19, 360 του ν. 4412/2016, το άρθ. 14 παρ. 10 του ν. 4332/2015 ως τροποποιήθηκε με το άρθ. 33 του ν. 4508/2017, το άρθ. 96 του ν. 4368/2016, την αρχή της ίσης μεταχείρισης, και της διαφάνειας, αναφέρει στην προσφυγή της ότι «...Στην ανωτέρω διαγωνιστική διαδικασία ενδιαφέρεται να συμμετάσχει και η Κοινοπραξία με την επωνυμία, της οποίας ο σκοπός και το αντικείμενο εργασιών συνάδουν με τις καταστατικές δραστηριότητες του

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

νομικού προσώπου και ανταποκρίνονται πλήρως στις ζητούμενες με τη διακήρυξη υπηρεσίες. Ωστόσο, από τη μελέτη της διακήρυξης διαπιστώσαμε ότι περιέχονται σ' αυτήν όροι, που έχουν τεθεί κατά παράβαση των κανόνων του εσωτερικού και ενωσιακού δικαίου και δεν επιτρέπουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αφού, το εξαιρετικά στενό χρονικό περιθώριο για την σύνταξη και την υποβολή προσφορών αλλά και οι μη νόμιμοι όροι της διακήρυξης, ιδίως για το ζήτημα της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των οικονομικών φορέων αλλά και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, με συνέπεια να εμποδίζεται ή, άλλως, να δυσχεραίνεται ουσιαστικά η συμμετοχή της εταιρίας μας στο διαγωνισμό με την υποβολή προσφοράς, η οποία να ανταποκρίνεται στις διατάξεις του νόμου, ενώ, σε κάθε περίπτωση, καλούμαστε να συμμετάσχουμε σ' αυτόν κάτω από εξαιρετικά δυσμενείς για την εταιρία μας προϋποθέσεις. Ως εκ τούτου, η Κοινοπραξία νομιμοποιείται να καταφύγει στη διαδικασία έννομης προστασίας του βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 (λαμβάνομένων υπόψη της εκτιμώμενης δαπάνης της σύμβασης, του αντικειμένου των συμβατικών υπηρεσιών και της ιδιότητας του Νοσοκομείου ως αναθέτουσας Αρχής) και να ασκήσει την παρούσα προδικαστική προσφυγή, ζητώντας την ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης, κατά το μέρος που πλήττονται με την παρούσα, για τους κάτωθι εκτιθέμενους νόμιμους και βάσιμους λόγους. 1ος λόγος προσφυγής:... Στην κρινόμενη περίπτωση, η σίτιση προσφύγων στη της υπάρχει εδώ και κάποια χρόνια δίχως διακοπή. Γεγονός που όφειλε να προβλέψει η αναθέτουσα αρχή και να προβεί σε συμφωνία πλαίσιο ή δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό. Εν προκειμένω, η αναθέτουσα αρχή προκρίνει έναν γενικό νομιμοποιητικό λόγο για να προσφύγει εκ νέου σε διαδικασία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης προμήθειας σίτισης προς πολίτες τρίτων χωρών, ήτοι την κατεπείγουσα ανάγκη, χωρίς όμως να δικαιολογεί ούτε τις προϋποθέσεις του κατεπείγοντος και κατ' επέκταση ούτε την μη τήρηση των γενικών διαδικασιών δημοσίευσης προκήρυξης. Δεν αμφισβητείται ότι εάν προκύψει κατάσταση έκτακτης ανάγκης, η οδηγία 2014/24/ΕΕ προβλέπει σημαντική σύντμηση των γενικών προθεσμιών. Στην περίπτωση αυτή, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιλέξουν, κατά τα ανωτέρω, την «επισπευσμένη ανοικτή διαδικασία», προβλέποντας ότι η προθεσμία για την υποβολή των προσφορών μπορεί να

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

συντημηθεί σε 15 ημέρες σε περιπτώσεις δεόντως αιτιολογημένης έκτακτης ανάγκης... Για την αξιολόγηση της πλήρωσης των προϋποθέσεων του νόμου για προσφυγή στην εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης, χρειάζεται σχετική απόφαση της αναθέτουσας αρχής που πρέπει να φέρει πλήρη και ειδική αιτιολογία, αναφερόμενη στους λόγους για τους οποίους αποφασίζεται η προσφυγή στην εν λόγω εξαιρετική διαδικασία (βλ. χαρακτηριστικά ΣΤΕ 1747/2011). Η αναθέτουσα αρχή, εν προκειμένω, ουδόλως τήρησε αυτήν την υποχρέωση. Ως εκ της φύσεως, μάλιστα, της σχετικής απόφασης του αρμοδίου οργάνου περί προσφυγής στην ανωτέρω εξαιρετική διαδικασία ανάθεσης, επιβάλλεται να προκύπτουν με σαφήνεια και πληρότητα από τα στοιχεία του φακέλου οι ειδικότεροι εκείνοι λόγοι που την αιτιολογούν (πρβλ. Πράξεις VI Τμ. 58/2005, IV Τμ. 4/2006 114/2005 κ.α.). Ως προς το τελευταίο αυτό σημείο, από την ως άνω αιτιολόγηση πρέπει να προκύπτουν με σαφήνεια και χωρίς αμφισημία οι λόγοι για τους οποίους η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι μπορούσε να αναθέσει τη σύμβαση με σύντμηση προθεσμιών, ώστε να μπορούν οι μεν ενδιαφερόμενοι να αποφασίσουν με πλήρη γνώση αν κρίνουν χρήσιμο να αποταθούν στο αρμόδιο για τη διαδικασία προσφυγής όργανο, το δε όργανο αυτό να ασκήσει πραγματικό έλεγχο (Fastweb, C-19/13, ΕΕ: C: 2014: 2194, παρ. 48). Οι ως άνω υποχρεώσεις της ειδικής αιτιολόγησης της πράξης της Αναθέτουσας Αρχής επαναλαμβάνονται και από τη διάταξη του αρ. 96 του Ν. 4396/2016, όπως συνάγεται από την αδιάσπικτη διατύπωση της διάταξης. Εν κατακλείδι, στη σελίδα Α-11 της διακήρυξης αναφέρεται ότι στην περίπτωση Κοινοπραξίας ή Ένωσης εταιριών που υποβάλλουν κοινή προσφορά θα πρέπει να αποδεικνύουν και να υποβάλλουν όλα τα στοιχεία που ζητούνται από τους συμμετέχοντες για κάθε μέλος. Γεγονός που έρχεται σε αντίθεση με τη νομοθεσία και συγκεκριμένα με το Άρθρο 19 Οικονομικοί φορείς (άρθρο 19 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του Ν.4412/2016. Όπως επικουρικώς, η τασσόμενη υπερβολικά σύντομη προθεσμία για την υποβολή προσφορών θίγει κατ' επέκταση και το δικαίωμα στην αποτελεσματική δικαστική προστασία. Από πάγια νομολογία προκύπτει ότι συμβιβάζεται με το θεμελιώδες δικαίωμα σε αποτελεσματική δικαστική προστασία ο καθορισμός ευλογών αποκλειστικών προθεσμιών για την άσκηση ενδίκων βοηθημάτων, επί ποινή απαραδέκτου, προς το συμφέρον της ασφάλειας δικαίου, ώστε να προστατεύεται τόσο ο ενδιαφερόμενος όσο και η διοίκηση. Οι προθεσμίες

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

αυτές δεν πρέπει να καθιστούν πρακτικώς αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερή την άσκηση των δικαιωμάτων που παρέχονται από την έννομη τάξη της Ένωσης (βλ., επ' αυτού, απόφαση *Pelati*, C 603/10, EU:C:2012:639, σκέψη 30 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Εξάλλου, οι διατάξεις της οδηγίας, αντικείμενο των οποίων είναι η προστασία των διαγωνιζομένων έναντι της αυθαίρετης κρίσεως της αναθέτουσας αρχής, αποσκοπούν στην ενδυνάμωση των μηχανισμών που υφίστανται για τη διασφάλιση της αποτελεσματικής εφαρμογής των κανόνων της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων, ειδικότερα σε στάδιο κατά το οποίο οι παραβάσεις μπορούν ακόμα να διορθωθούν. Μια τέτοια προστασία δεν μπορεί να είναι αποτελεσματική αν ο ενδιαφερόμενος δεν είναι σε θέση να επικαλεστεί τους ως άνω κανόνες έναντι της αναθέτουσας αρχής (βλ., επ' αυτού, απόφαση Επιτροπή κατά Αυστρίας, EU:C:2004:386, σκέψη 20). Συγκεκριμένα, η αποτελεσματική δικαστική προστασία απαιτεί να λαμβάνουν οι ενδιαφερόμενοι γνώση της πράξης που θίγει τα έννομα συμφέροντά τους σε ορισμένο χρόνο πριν από τη δημοπράτηση και τη σύναψη της συμβάσεως, ώστε να διαθέτουν πραγματική δυνατότητα να ασκήσουν προσφυγή, ζητώντας ιδίως τη λήψη προσωρινών μέτρων (βλ., επ' αυτού, αποφάσεις και Επιτροπή κατά Ισπανίας, C-444/06, EU:C:2008:190, σκέψεις 38 και 39, καθώς και Επιτροπή κατά Ιρλανδίας, C 456/08, EU:C:2010:46, σκέψη 33), (*Fastweb*, C-19/13, EE: C: 2014: 2194, παρ. 58-60). Επομένως, η ταχθείσα προθεσμία επηρεάζει και την έννομη προστασία έναντι της αυθαίρετης κρίσης της αναθέτουσας αρχής. Εν προκειμένω, ο πληττόμενος διαγωνισμός δημοσιεύθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ την 22.01.2020 και η προθεσμία υποβολής των προσφορών ολοκληρώνεται την 23.01.2020. Συνεπώς, για την νομιμότητα της υποβολής των εν λόγω προθεσμιών, η Αναθέτουσα Αρχή θα πρέπει να αιτιολογήσει ειδικώς την υπό κρίση επιλογή, γεγονός που παραλείπεται στο περιεχόμενο του κανονιστικού κειμένου του διαγωνισμού. Σημειωτέον μάλιστα ότι όλοι οι αντίστοιχοι διαγωνισμοί του τελευταίου έτους αναρτώνται στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ και μέσα σε 1 έως 3 ημέρες διενεργούνται όλα τα στάδια των διαγωνισμών και υπογράφονται οι συμβάσεις. Μάλιστα, οι διαγωνισμοί έχουν προϋπολογισθείσα αξία περίπου μισού εκατομμυρίου ευρώ! Ενόψει των ανωτέρω επιβάλλεται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη κατά το μέρος που πλήττεται με την παρούσα, προκειμένου να τηρηθούν από την Αναθέτουσα Αρχή η αρχή της πλήρους και εμπεριστατωμένης αιτιολογίας της πράξης, όπως επιβάλλουν η αρχή της

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

νομιμότητας και του υγιούς ανταγωνισμού, αλλά και η υποχρέωση προστασίας του δημοσίου συμφέροντος. 2ος λόγος προσφυγής: Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής. Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας. Ειδικά, στις διαδικασίες σύναψης σύμβασης μελετών ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, η πλήρωση των απαιτήσεων της παρ. 2 του άρθρου 75, καθώς και του άρθρου 77 πρέπει να ικανοποιείται από όλα τα μέλη της ένωσης. Η πλήρωση των απαιτήσεων των παραγράφων 3 και 4 του άρθρου 75, αρκεί να ικανοποιείται από ένα εκ των μελών της ένωσης. Η ως άνω ερμηνευτική προσέγγιση καθίσταται παραδεκτή στο περιεχόμενο της απόφασης υπ' αριθ. 269/2018 της ΑΕΠΠ (βλ. Σκέψη 7) ... Εν προκειμένω, από το περιεχόμενο του αρ. 5 της διακήρυξης συνάγεται ότι για την υποβολή προσφορών από Κοινοπραξία απαιτείται οι προϋποθέσεις της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας αλλά και της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας απαιτείται να συντρέχουν αυτοτελώς για κάθε μέλος της Κοινοπραξίας. Με την εν λόγω προϋπόθεση, η οποία συνιστά σαφή παραβίαση της ευρωπαϊκής αλλά και της εθνικής νομοθεσίας, ως ανωτέρω ερμηνεύθηκε, καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή της Κοινοπραξίας με την επωνυμία, με αποτέλεσμα τον παρά τον νόμο αποκλεισμό μας από την δυνατότητα υποβολής προσφοράς. Για το λόγο αυτό αιτούμαστε της ακύρωσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Β. Έννομο Συμφέρον της Εταιρείας μας για την άσκηση της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής ... ΕΠΕΙΔΗ η Κοινοπραξία με την επωνυμία - έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής, αφού οι εταιρείες που την απαρτίζουν συνιστούν επιχειρήσεις που δραστηριοποιείται στον εν γένει κλάδο που αφορά το αντικείμενο της

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

προσβαλλόμενης διακήρυξης, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενη προς ανάθεση της συγκεκριμένης συμβάσεως, ενώ αυτονόητα θιγόμεστε από τους προσβαλλόμενους με την παρούσα Προσφυγή όρους της Διακήρυξης, διότι είναι αδύνατον να υποβάλουμε προσφορά, για τους λόγους που ανωτέρω αναλύονται και έτσι αποκλείεται εξαρχής η συμμετοχή μας στον διαγωνισμό. Η δε διατήρηση των προσβαλλόμενων δια της προσφυγής όρων, θα οδηγήσει αναπόφευκτα είτε σε αποκλεισμό της Κοινοπραξίας από τον διαγωνισμό, αφού ακόμη και αν υποβάλουμε προσφορά αυτή θα πρέπει να απορριφθεί από την αναθέτουσα ως παραβιάζουσα τους όρους της διακήρυξης. ΕΠΕΙΔΗ περαιτέρω, το γεγονός ότι διαπιστώνεται αδιαμφισβήτητα η παραβίαση της αρχής της διαφάνειας και του υγιούς ανταγωνισμού συγκροτεί έννομο συμφέρον οιοδήποτε ενδιαφερομένου για συμμετοχή στη διαδικασία οικονομικού φορέα, να προσβάλει τους οικείους όρους. Ενόψει των ανωτέρω συντρέχει εν προκειμένω ο όρος για την παραδεκτή άσκηση της παρούσας, καθώς υφίσταται προσωπικό, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον της Κοινοπραξίας με την επωνυμία - »

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της επί της προσφυγής, επικαλούμενη τα άρθ. τα άρθ. 32 παρ. 2 περ. γ) του ν. 4412/2016, το άρθ. 14 παρ. 10 του ν. 4332/2015 ως τροποποιήθηκε με το άρθ. 19 του ν. 4375/2016, το άρθ. 96 του ν. 4368/2016, την αρχή της ίσης μεταχείρισης, και της διαφάνειας, αναφέρει ότι «...α. Σχετικά με τον **1ο λόγο της προσφυγής**, με την εφαρμογή της διαδικασίας του άρθρου 32 παρ.2 γ) του Ν. 4412/2016, όπως γίνεται παγίως δεκτό και από τη νομολογία του ΔΕΕ, διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορεί να κινείται μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά στα άρθρα 30 και 31 της Οδηγίας 2004/18 (άρθρο 32 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ πλέον), ενώ η διαδικασία αυτή έχει εξαιρετικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανοικτή και με την κλειστή διαδικασία (Απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, Ministero dell' Interno κατά Fastweb SpA, C-19/13, EU:C:2014:2194, σκ. 49 και απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-292/07, EU.C:2009:246, σκέψη 106 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Συνεπώς, κατά την έννοια του άρθρου 32 της Οδηγίας 2014/24, για τη σύναψη συμβάσεων, που εμπίπτουν στο ρυθμιστικό πεδίο της Οδηγίας (και κατ' επέκταση του Ν. 4412/2016) θα πρέπει, κατά κανόνα, να διενεργείται ανοιχτός ή κλειστός διαγωνισμός (ΕΛΣυν 88/2007, 15/2008, 74/2008 και

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

77/2008 Πράξεις VI Τμ.), ενώ, η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προσφύγει στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, όταν έκτακτη και **φανερά κατεπείγουσα ανάγκη** καθιστά αδύνατη τη διενέργεια διαγωνισμού, **εισάγει αναμφίβολα εξαίρεση από την κανονική διαδικασία ανάθεσης** και πρέπει να ερμηνεύεται στενά, καθ' όσον με την εφαρμογή της υφίσταται παρέκκλιση από τη διαφανή διαγωνιστική διαδικασία, η οποία αποτελεί κατά την πρόθεση του ενωσιακού νομοθέτη, τον κανόνα και προάγει τον ανταγωνισμό στο πλαίσιο της αρχής της διαφάνειας, της αποφυγής των διακρίσεων, της καταπολέμησης της διαφθοράς και της ισότητας των φυσικών και νομικών προσώπων έναντι του νόμου (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 1 και 90 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). β. Σύμφωνα με την παρ. 10 του άρθρου 14 του ν. 4332/2015 (ΦΕΚ Α'76) όπως αντικαταστάθηκε με το άρθρο 19 του ν. 4375/2016(ΦΕΚ Α'51) προβλέπονται τα εξής: «Τα Ν.Π.Δ.Δ., οι Ο.Τ.Α. α και β βαθμού, στα διοικητικά όρια των οποίων λειτουργούν Κέντρα Πρώτης Υποδοχής (Κε.Π.Υ.), Κέντρα Υποδοχής και Ταυτοποίησης (Κ.Υ.Τ.) και Ανοιχτές Δομές Προσωρινής Υποδοχής και Φιλοξενίας προσφύγων και μεταναστών ή διαθέτουν χώρους για την κάλυψη έκτακτων αναγκών στέγασης και προσωρινής φιλοξενίας προσφύγων και μεταναστών, καθώς και οι φορείς των Ο.Τ.Α. αυτών, δύνανται για την αντιμετώπιση έκτακτων και επείγουσών αναγκών, **κατά παρέκκλιση κάθε αντίθετης διάταξης, να προβαίνουν σε όλες τις αναγκαίες ενέργειες και να συνάπτουν με τρίτους συμβάσεις** εκτέλεσης έργων, **παροχής υπηρεσιών**, προμήθειας αγαθών ή μισθώσεων κινητών και ακινήτων σε ό,τι αφορά την υποδοχή και φιλοξενία νεοεισερχόμενων πολιτών τρίτων χωρών αποκλειστικά για την κάλυψη αναγκών προσωρινής στέγασης, τη λειτουργία των ανωτέρω εγκαταστάσεων, τη μεταφορά από τα σημεία άφιξης ή προσωρινής διαμονής προς ή από τις προσωρινές ή μόνιμες εγκαταστάσεις φιλοξενίας, οι οποίες βρίσκονται εντός και εκτός των γεωγραφικών τους ορίων, **τη σίτιση**, την άμεση ιατροφαρμακευτική περίθαλψη, τα έξοδα ταφής, την διαχείριση ανθρωπιστικής βοήθειας και κάθε προσφοράς σε χρήμα ή είδος, την διαχείριση, μεταφορά αποθήκευση και διανομή αυτής, καθώς και κάθε άλλη απολύτως αναγκαία για την εξυπηρέτηση των ανωτέρω σκοπών δαπάνη.». Επίσης, «Η διαδικασία σύναψης των συμβάσεων των προηγούμενων εδαφίων, καθώς και των αντίστοιχων συμβάσεων των

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

Υπουργείων και των Αποκεντρωμένων Διοικήσεων δύναται, για λόγους κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, λαμβανομένων υπ' όψιν και λόγων δημόσιας τάξης, οι οποίοι ειδικώς αιτιολογούνται να διενεργείται **κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης** της εθνικής νομοθεσίας, με την επιφύλαξη εφαρμογής της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις.» γ. Στη συνέχεια, η παρ. 10 του άρθρου 14 του Ν. 4332/2015 τροποποιήθηκε: με το άρθρο 19 του Ν. 4375/2016 (Α'51), με το οποίο υιοθετήθηκε η διατύπωση που - σε γενικές γραμμές - διατηρεί η διάταξη μέχρι σήμερα, προβλέποντας ότι, «μέχρι 31.12.2016, οι συμβάσεις που συνάπτονται θεωρείται ότι καλύπτουν την προϋπόθεση των σχετικών διατάξεων περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές, που δεν απορρέουν από δική τους ευθύνη, κατά παρέκκλιση του ν. 4013/2011 άρθρο 2 παράγραφος 2 περίπτωση γ' υποπερίπτωση δδ». Τότε (για πρώτη φορά) καθιερώθηκε το επονομαζόμενο «τεκμήριο» της κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα και προβλέφθηκε παρέκκλιση από τη γνωμοδοτική αρμοδιότητα της Αρχής στις περιπτώσεις προσφυγής των αναθετουσών αρχών στη διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων. δ. Έκτοτε, με διαδοχικές νομοθετικές ρυθμίσεις παρατάθηκε το χρονικό διάστημα ισχύος του ανωτέρω τεκμηρίου. Συγκεκριμένα, με το άρθρο 39 του Ν. 4456/2017 (Α' 24), μέχρι 31 Δεκεμβρίου 2017, με το άρθρο 33 του Ν. 4508/2017 (Α' 200), μέχρι 31 Δεκεμβρίου 2018, με το άρθρο 7 του ν. 4587/2018 (ΦΕΚ Α'218) μέχρι 31 Οκτωβρίου 2019 και τέλος με την παρ. 1 του αρ. 122 του ν. 4636/2019 προβλέπεται ότι: «Μέχρι τις 31.12.2020 οι συμβάσεις αυτές θεωρούνται ότι καλύπτουν την προϋπόθεση των σχετικών διατάξεων περί συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης, οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις αναθέτουσες αρχές, που δεν απορρέουν από δική τους ευθύνη, κατά παρέκκλιση της υποπερίπτωσης δδ' περίπτωση γ', παράγραφος 2 του άρθρου 2 του ν.4013/2011 (Α' 204)».ε. Σύμφωνα με το άρθρο 96 του ν. 4368/2016 το οποίο διατηρήθηκε σε ισχύ με το άρθρο 80 παρ. 30 ν.4375/2016, ορίζεται ότι το Υπουργείο Εθνικής Άμυνας (ΥΠ.ΕΘ.Α.) δύναται κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης να προβαίνει σε όλες τις αναγκαίες ενέργειες ή να συνάπτει με τρίτους συμβάσεις εκτέλεσης έργων,

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

παροχής υπηρεσιών, προμήθειας αγαθών ή μισθώσεων σχετικά με την ίδρυση-, κατασκευή και συντήρηση των Κέντρων Πρώτης Υποδοχής (ΚΕ.Π.Υ.), Κέντρων Υποδοχής και Ταυτοποίησης (Κ.Υ.Τ.) και των Ανοικτών Δομών Προσωρινής Υποδοχής και Φιλοξενίας προσφύγων και μεταναστών και τη λειτουργία των Κέντρων και Δομών αυτών, αποκλειστικά σε ό,τι αφορά στη μεταφορά, διαμονή, σίτιση και υγειονομική περίθαλψη των προσφύγων και μεταναστών. Η διαδικασία σύναψης συμβάσεων του προηγούμενου εδαφίου δύναται, για λόγους κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης, λαμβανομένων υπόψη και λόγων εθνικής ασφάλειας ή δημόσιας τάξης, οι οποίοι ειδικώς αιτιολογούνται, να διενεργείται κατόπιν διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης της εθνικής νομοθεσίας, με την επιφύλαξη εφαρμογής της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις δημόσιες συμβάσεις. στ. Κατόπιν των παραπάνω, η προέβη σύννομα σε ενέργειες για σύναψη σύμβασης στο πλαίσιο διενέργειας διαδικασίας **διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού**, για την ανάδειξη αναδόχου σύμβασης παροχής υπηρεσιών σίτισης στο, για διάστημα **από 25 έως και 28 Ιανουαρίου 2020**, με την υπόψη διαδικασία διαπραγμάτευσης, για την κάλυψη κατεπείγουσας και απρόβλεπτης ανάγκης (μεταναστευτικές - προσφυγικές ροές) λαμβανομένων υπόψη και των λόγων εθνικής ασφάλειας και δημόσιας τάξης, οι οποίοι καθιστούν αδύνατη την τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις διαδικασίες διαγωνισμού σύμφωνα με το ν. 4412/2016. Σε αντίθετη περίπτωση θα ήταν αδύνατη η εξυπηρέτηση της **ανελαστικής - βιοτικής ανάγκης σίτισης** μεγάλου αριθμού προσφύγων - μεταναστών (άνω των 19.000), μεταξύ των οποίων και ευπαθών ομάδων (βρεφών, παιδιών εγκύων, διαβητικών, ηλικιωμένων κλπ.), με αποτέλεσμα την δημιουργία ανθρωπιστικών προβλημάτων που άπτονται του σκληρού πυρήνα του δικαιώματος στη ζωή, ως εγγενές και σύμφυτο με την ανθρώπινη ύπαρξη, αναφαίρετο ατομικό δικαίωμα κάθε πρόσφυγα ή μετανάστη. Η δημιουργία δε συνθηκών αστίας, **ακόμα και για μια ημέρα**, του πληθυσμού εντός του, εκτός από το ότι θα έθετε σε κίνδυνο την ζωή και την υγεία των διαμενόντων, **θα οδηγούσε αναμφίβολα στη δημιουργία προβλημάτων διατήρησης της δημόσιας τάξης και ασφάλειας** στην ευρύτερη περιοχή της νήσου και θα διέγειρε πληθώρα αντιδράσεων της κοινής γνώμης, βλάπτοντας στη συνέχεια

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

ανεπανόρθωτα, την διεθνή εικόνα της χώρας μας. ζ. Επιπλέον, επειδή η τήρηση των αρχών της τυπικότητας και της αυστηρότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι οποίες επιβάλλουν όλους τους κανόνες δημοσιότητας σε συνδυασμό με τις ενέργειες που προηγούνται της σύναψης σύμβασης **θεωρείται βέβαιο ότι θα δημιουργήσουν σημαντικές χρονοκαθυστερήσεις** στην κάλυψη των κατεπείγουσών αναγκών των φορέων διενέργειας διαγωνισμών, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στην ανακοίνωση της προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο σχετικά με τους κανόνες για τις δημόσιες συμβάσεις σε σχέση με την τρέχουσα κρίση του ασύλου COM (2015) 454 final, ειδικά για τις επίμαχες υπηρεσίες που αφορούν στην κάλυψη **άμεσων και επιτακτικών ζωτικών αναγκών των προσφύγων παροτρύνει τις αναθέτουσες αρχές** να προβούν σε σύντμηση των εκ του νόμου προβλεπόμενων προθεσμιών για τους δημόσιους διαγωνισμούς ή και να προσφύγουν στην εξαιρετική διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση διαγωνισμού υπογραμμίζοντας έτσι, την ανάγκη άμεσης και αποτελεσματικής ανταπόκρισης των αναθετουσών αρχών στην αντιμετώπιση της προσφυγικής κρίσης. Δεν πρόκειται, λοιπόν, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσφεύγουσα περί **ανοικτής διαδικασίας διαγωνισμού**, κατά την οποία μη νόμιμα έγινε σύντμηση προθεσμίας, αλλά για νόμιμη **διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση διακήρυξης διαγωνισμού** η οποία θεωρείται νόμιμη, προκειμένης της κάλυψης της εξαιρετικά επείγουσας και αδήριτης ανάγκης καθημερινής σίτισης των μεταναστών προσφύγων που συρρέουν αδιάλειπτα, όπως είναι γνωστό στο Πανελλήνιο αλλά και Διεθνώς, στη Νήσο η. Στο πλαίσιο αυτό, δεδομένου ότι η σχετική πίστωση για την κάλυψη της προκειμένης σύμβασης παροχής υπηρεσιών σίτισης διατέθηκε στην τη Δευτέρα 20 Ιανουαρίου 2020, ως αναθέτουσα αρχή για τη διασφάλιση χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης καθώς και την προστασία του δημόσιου συμφέροντος, προέβη άμεσα σε **διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού** με ανάρτηση της διακήρυξης της υπόψη διαπραγμάτευσης στο «ΚΗΜΔΗΣ» και «ΔΙΑΥΓΕΙΑ», την 22 Ιανουαρίου 2020. Η παροχή των υπηρεσιών σίτισης θα έπρεπε απαρεγκλίτως να αρχίσει την 25 Ιανουαρίου 2020, λόγω λήξης της προηγούμενης σε ισχύ σχετικής σύμβασης, την 24 Ιανουαρίου 2020. Ως εκ τούτου, οι περιστάσεις της κατεπείγουσας ανάγκης σε καμία περίπτωση εκ της φύσης τους, δεν

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

απορρέουν από οποιαδήποτε παράληψη της, αλλά οφείλονται σε εξωγενείς παράγοντες. θ. Επίσης, η πραγματική, ουσιαστική και δεδομένη εκδήλωση ενδιαφέροντος εκ μέρους οικονομικών φορέων αποτυπώνεται και διαπιστώνεται μόνο με την έγκαιρη, τυπικά και ουσιαστικά άρτια υποβολή συμμετοχής στον διαγωνισμό, πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής τους. Εν προκειμένω, η ημερομηνία διακήρυξης και δημοσίευσης της διαδικασίας σύναψης σύμβασης ήταν η 22 Ιανουαρίου 2020, ενώ η προσφεύγουσα εταιρία έλαβε γνώση αυτής, την ίδια αυτή ημέρα, όπως αναφέρει στην προσφυγή της, μην υποβάλλοντας προσφορά. Τα στοιχεία της διακήρυξης έχουν ήδη καταστεί γνωστά σε ευρύ κύκλο προσώπων και **επαναλαμβάνονται τακτικά και με πανομοιότυπο τρόπο**, που δεν επιδέχεται αμφισβήτησης, μέσω της δημοσίευσης της στο «**ΚΗΜΔΗΣ**» και στο «**ΔΙΑΥΓΕΙΑ**», γεγονός που συνεπάγεται ότι κάθε επιμελής ενδιαφερόμενος, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, θα μπορούσε να είχε λάβει γνώση αυτών ακόμα και εντός των στενών προθεσμιών που επέβαλλαν οι εξαιρετικοί λόγοι της επείγουσας ανάγκης. ι. Σχετικά με τον **2^ο λόγο της προσφυγής**, σύμφωνα με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας, για τις προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται από ενώσεις εταιρειών που επιθυμούν να συμμετέχουν στον διαγωνισμό, όπως περιγράφονται στην διακήρυξη, αυτός καθίσταται αλυσιτελής, διότι σύμφωνα με τα άρθρα 75 - 77 του Ν.4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές, όπου αυτό κρίνεται αναγκαίο, μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Επιπλέον σύμφωνα με την υπ. αριθμ 269/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ, την οποία επικαλείται η προσφεύγουσα στην σκέψη 7 αυτής, αναφέρεται ότι σε περίπτωση συμμετοχής σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ένωσης οικονομικών φορέων, οι προδιαγραφές **δύνανται** να πληρούνται αθροιστικά δια συνδυασμού των δυνατοτήτων των μελών της ή και ορισμένες από ένα μέλος της, άλλες δε από έτερο μέλος της. Ως εκ τούτων, **ουδεμία υποχρέωση** της αναθέτουσας αρχής προκύπτει να απαιτεί την αθροιστική συνδρομή των αναγραφόμενων στην διακήρυξη προδιαγραφών, από τις ενώσεις οικονομικών φορέων που επιθυμούν να συμμετάσχουν. Επιπλέον η, στο άρθρο 5 «**Λόγοι αποκλεισμού - Κριτήρια επιλογής**», παρ. 6 της διακήρυξης προέβλεψε

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

ότι σε περίπτωση κοινοπραξίας ή ένωσης εταιρειών που υποβάλουν κοινή προσφορά, τα ανωτέρω στοιχεία παρέχονται για κάθε μέλος που μετέχει στην κοινοπραξία ή ένωση εταιρειών. Η πρόβλεψη αυτή δικαιολογείται καθώς είναι σε απόλυτη συνάφεια και συντονισμό αλλά και παρατίθεται κατά πανομοιότυπη διατύπωση με την παρ. 6 του άρθρου 5 του Παραρτήματος «Α», της (στ) σχετικής διαταγής του ΓΕΣ/ΔΥΔΜ, η οποία καθορίζει τα **υποχρεωτικά πρότυπα** σύναψης και υλοποίησης των εγγράφων των συμβάσεων παροχής υπηρεσιών σίτισης των προσφύγων και μεταναστών. Σύμφωνα με την παρ. 2 της ως άνω σχετικής διαταγής «Τα προαναφερθέντα έγγραφα **να αποτελέσουν υποχρεωτικά υποδείγματα** κατά τη υλοποίηση των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων... με την επιφύλαξη τροποποίησης - επικαιροποίησης αυτών με μέριμνα του ΓΕΣ(...). Η ανωτέρω πρόβλεψη της παρ. 6 του άρθρου 5 **ως προς την παρούσα** (ασφυκτική λόγω των προθεσμιών) **διαδικασία** είναι νόμιμη, και δικαιολογείται **από τη φύση και το χαρακτήρα του έργου, ως ιδιαίτερα περίπλοκου, από την αμεσότητα της ετοιμότητας** που οφείλει να αποδείξει ότι έχει ο ανάδοχος, καθώς ούτε ο αριθμός των σιπιζομένων είναι πάγιος επί καθημερινής βάσης, αλλά αυτός εξαρτάται από τις καθημερινές ροές άφιξης των προσφύγων/μεταναστών, συνεπώς εξ ορισμού **δεν επιτρέπεται να υφίσταται διακινδύνευση περί της ομαλής εκτέλεσης της σύμβασης** που υλοποιείται άμεσα, τη μεθεπομένη της αξιολόγησης των προσφορών και κατακύρωσης της διαδικασίας. Συνεπώς η προϋπόθεση της πληττόμενης πρόβλεψης τεκμηριώνεται από το χαρακτήρα και τις περιστάσεις της επίμαχης παροχής υπηρεσίας, καθώς η πρόβλεψη της παρ. 4, άρθρου 19 ν. 4412/2016 ότι σε περίπτωση υποβολής προσφοράς από ένωση οικονομικών φορέων, όλα τα μέλη της ευθύνονται έναντι της αναθέτουσας αρχής αλληλέγγυα και εις ολόκληρον, δεν αρκεί για να διασφαλίσει την περίπτωση προβλημάτων κατά την εκτέλεση της εξαιρετικά ευαίσθητης εκ της φύσεώς της και επείγουσας περίπτωσης της καθημερινής σίτισης **άνω των 19.000 ανθρώπων**. Οι δε περιστάσεις της επικαλούμενης εκ της προσφυγής, απόφασης **ΑΕΠΠ 269/2018 δεν συντρέχουν**, καθώς η περίπτωση αφορούσε σε **διαδικασία διαγωνισμού για παροχή της υπηρεσίας σίτισης για διάστημα τριμήνου, με διαφορετική διακήρυξη** (ΑΔΑ:, ΑΔΑΜ:) στην οποία προβλεπόταν συγκεκριμένα «Σε περίπτωση κοινοπραξίας ή ένωσης εταιρειών που υποβάλλουν κοινή

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

προσφορά, τα ανωτέρω στοιχεία 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». Κρίνεται σκόπιμο να αναφερθεί ότι η προσφεύγουσα είχε συμμετάσχει, **δεχόμενη ανεπιφύλακτα με υπεύθυνη δήλωση τους όρους των αντίστοιχων διακηρύξεων**, σε προηγηθείσες συναφείς διαδικασίες διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης [υπ' αριθμ Φ. (ΑΔΑ: και ΑΔΑΜ), και Φ. (ΑΔΑ και ΑΔΑΜ:)], οι οποίες **περιείχαν ακριβώς τους ίδιους όρους** και διεξήχθησαν κατά τον ίδιο τρόπο, τις δε αποφάσεις κατακύρωσης με αρ. Φ. (ΑΔΑ :) και Φ.....(ΑΔΑ), ουδέποτε η προσφεύγουσα προσέβαλε. Επίσης η προσφυγή της υπηρεσίας σε διαγωνιστικές διαδικασίες διαπραγματεύσεων για την σύναψη συμβάσεων μόλις 4 ημερών, **έχει προκύψει ως αδήριτη ανάγκη** ως αποτέλεσμα των ενεργειών της προσφεύγουσας, η οποία εκτιμάται ότι παρά το αναμφισβήτητο στοιχείο του επείγοντος της συγκεκριμένης παροχής υπηρεσίας, παγίως και καταχρηστικώς ασκεί διαδοχικές προσφυγές και ενστάσεις στους ανοιχτούς διαγωνισμούς που έχουν προκηρυχτεί τα τελευταία 3 χρόνια (διάρκειας παροχής σίτισης 3 μηνών και 1 έτους), εμποδίζοντας στο σύνολό τους μέχρι σήμερα να τελεσφορήσουν (για το συγκεκριμένο αντικείμενο στο συγκεκριμένο μέρος), καθώς από τα τηρούμενα στοιχεία στην Υπηρεσία μας, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών που υπέβαλε, στους παραπάνω ανοιχτούς διαγωνισμούς κατ'επανάληψη βρέθηκε ότι δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις απόδειξης της νόμιμης άδειας και λειτουργίας της κύριας μονάδας της στην ΛΕΣΒΟ (ΑΕΠΠ 1033/2018, που επικυρώθηκε διά της απόφασης Διοικητικού Εφετείου Πειραιά Ν21/2019, και Απόφαση ΑΕΠΠ 468/2019 που επικυρώθηκε διά της Απόφασης ΕΑ ΣτΕ 189/2019). 4 Κατόπιν των παραπάνω, η προδικαστική προσφυγή της εταιρείας «.....-» παρίσταται στο σύνολό της εξόχως αβάσιμη και ζητούμε την απόρριψή της...»

15. Επειδή η παρεμβαίνουσα, επικαλούμενη τα άρθ. 345, 362 παρ. 3, 364, 368 του ν. 4412/2016, το άρθ. 96 του ν. 4368/2016, την παρ 10 του άρθ. 14 του ν. 4332/2015, αναφέρει ότι «...η προσφεύγουσα, ερείδεται επί εσφαλμένης νομικής προϋπόθεσης, επικαλούμενη νομοθεσία προϊσχύουσα, (παρ 10 του άρθρου 14 του ν. 4332/2015), προβάλλει το νόμω αβάσιμο

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

ισχυρισμό περί αναιτιολόγητης επίκλησης επείγουσας ανάγκης, η οποία «δεν καθιστά νόμιμη την παράλειψη διενέργειας ανοικτής διαδικασίας», καθισταμένων των ισχυρισμών της περί παραβίασης της αρχής της ισότητας, του ανταγωνισμού και της αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας απορριπτέων. Σε κάθε περίπτωση, ως θα εκθέσουμε αναλυτικά στη συνέχεια, η προσφυγή πάσχει λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος, αφής στιγμής η βλάβη που επικαλείται από τις φερόμενες πλημμέλειες της με αριθ. Φ. Πρόσκλησης είναι αόριστη και δεν εξειδικεύεται.... οι προκηρυσσόμενες εκ της παρούσας Πρόσκλησης υπηρεσίες έχουν ήδη εκτελεστεί προσηκόντως και νόμιμα από την Ένωση εταιριών μας, αφής στιγμής η παρούσα Πρόσκληση αποτελεί νόμιμη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, προκειμένης της κάλυψης της εξαιρετικά επείγουσας και αδήριτης ανάγκης καθημερινής σίτισης των προσφύγων και μεταναστών στο Κ.Υ.Τ. Νήσου Λέσβου, ο αριθμός ροής των οποίων αυξάνεται κάθετα επί καθημερινής βάσεως... II. ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ... Προϋπόθεση, λοιπόν, για την προσβολή όρων διακήρυξης εκ μέρους ενδιαφερόμενου, δεν είναι απλώς να επισημάνει τις κατ' αυτόν παρανομίες της προσβαλλόμενης πράξης, αλλά οφείλει αφενός να αποδείξει ότι διαθέτει τις βασικές ικανότητες να του ανατεθεί η συγκεκριμένη διαδικασία προμήθειας που προσβάλλει και να αποδείξει τους λόγους για τους οποίους οι κατ' αυτόν παρανομίες τον ζημιώνουν και καθιστούν τη συμμετοχή του αδύνατη. 6. Στην προκειμένη περίπτωση, η προσφεύγουσα ουδόλως εξειδικεύει τη ζημία και την βλάβη που υφίσταται, αφενός εκ της – κατά την προσφεύγουσα – μη νόμιμης τήρησης της προθεσμίας δημοσίευσης προκήρυξης ανοικτού διαγωνισμού και συνακόλουθα της προθεσμίας υποβολής προσφορών, αφετέρου εκ των κριτηρίων τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας και χρηματοοικονομικής επάρκειας, αφής στιγμής, καταρχήν η ίδια η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει σε όλες τις προηγούμενες Προσκλήσεις Διαπραγμάτευσης της αυτής αναθέτουσας αρχής της (ήτοι στην υπ' αριθ. Φ. [ΑΔΑ:] και στην υπ' αριθ. Φ. [ΑΔΑ:]), και στην προκειμένη ουδόλως αναφέρει σε τι ακριβώς συνίσταται η διαφοροποίηση των εν λόγω κριτηρίων από τα προϋφιστάμενα των προγενέστερων Προσκήσεων της αυτής αναθέτουσας αρχής, επί των οποίων μάλιστα είχε υποβάλει προσφορές. Η προσφεύγουσα δεν συνοδεύει τις

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

σχετικές αιτιάσεις με ειδικούς ισχυρισμούς, με επίκληση, μάλιστα, συγκεκριμένων πραγματικών περιστατικών, ότι ενδέχεται να υποστεί ζημία από κάθε πληττόμενο όρο ή πλημμέλεια της Προκηρύξεως την οποία προσβάλλει (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ ασφ.μ. 16/2015 σκ. 7, 718/2012σκ. 5, 616/2012 σκ. 8, ΕΑ ΣτΕ 147/2016 σκ. 12), ενώ περαιτέρω, η προσφεύγουσα έχοντας υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, όπως είναι γνωστό στην Αρχή από προηγούμενες ενέργειές της (ΑΕΠΠ 1033/2018, ΔΕΦΠειραιά Ν21/2019 και ΑΕΠΠ 468/2019 ΕΑ ΣτΕ 189/2019), πρωτίστως δεν δικαιούται συμμετοχής (βλ. αρ. 6 παρ. 4 σελ. 20 Πρόσκλησης). 7. Το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, στο οποίο έχει υποπέσει η προσφεύγουσα, και το οποίο της στερεί το δικαίωμα συμμετοχής στην επίμαχη Πρόσκληση Διαπραγμάτευσης, συνίσταται στις επαναλαμβανόμενες ψευδείς δηλώσεις στις οποίες έχει προβεί ως προς την φερόμενη αδειοδότηση της Κύριας Μονάδας της στην ζήτημα που είναι ήδη γνωστό στην Αρχή σας, καθώς η συμμετοχή της προσφεύγουσας έχει απορριφθεί ακριβώς λόγω ψευδών δηλώσεων τόσο αναφορικά με την συμμετοχή της στην με αρ. πρωτ. Φ. Πρόσκληση σε διαδικασία επαναληπτικής διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού (επαναδημοπράτηση της με αρ. πρωτ. / 22.12.2017 πρόσκλησης) της αυτής αναθέτουσας αρχής της διάρκειας τριών μηνών (βλ. ΑΕΠΠ 1033/2018 που επικυρώθηκε με την με αριθ. Ν21/2019 Απόφαση ΔΕΦΠΕΙΡ), αλλά όσο και με τη συμμετοχή της στον ετήσιο διαγωνισμό με αριθ. Διακήρυξης της Προϊστάμενης (βλ. ΑΕΠΠ 468/2019 που επικυρώθηκε με την με αριθ. 189/2019 Απόφαση ΕΑ ΣτΕ). Οι ανωτέρω επαναλαμβανόμενες σε διαφορετικές διαγωνιστικές διαδικασίες ψευδείς δηλώσεις συνιστούν σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια (πρβλ. Απόφαση της 3ης Οκτωβρίου 2019, στην υπόθεση C267/18, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA κατά Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA), και θίγουν την αξιοπιστία και την ακεραιότητα του οικονομικού φορέα, διότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να γνωρίζει και να εξετάζει τη συνολική συμπεριφορά του οικονομικού φορέα διαχρονικά και όχι μόνο στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού (βλ. ΕΑ ΣτΕ 40/2019). Τόσο η περίπτωση της ψευδούς/ανακριβούς δήλωσης όσο και εκείνη της παροχής παραπλανητικών πληροφοριών με τα δηλωθέντα στο ΕΕΕΠ, δύνανται επίσης να οδηγήσουν

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

στον αποκλεισμό από μελλοντικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων υπό την ευρύτερη έννοια του σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος. 8. Η έννοια του «επαγγελματικού παραπτώματος» καλύπτει κάθε παραπτωματική συμπεριφορά που έχει αντίκτυπο στην επαγγελματική αξιοπιστία του συγκεκριμένου φορέα και όχι μόνον τις παραβάσεις των υπό τη στενή έννοια κανόνων δεοντολογίας του επαγγέλματος στο οποίο ανήκει ο εν λόγω φορέας (βλ. απόφαση Forposta και ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, σκέψη 27, & Απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2014, στην υπόθεση C470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt κατά Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság). Η δε παραπτωματική συμπεριφορά της Κοινοπραξίας και σε προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία του ίδιου αγοραστή έχει ήδη αποδειχθεί δια της με αριθ. Ν21/2019 Απόφασης Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, η οποία και δεσμεύει την αναθέτουσα αρχή ώστε να μη δύναται να εμπεδωθεί σχέση εμπιστοσύνης μεταξύ της ίδιας και του αναδόχου (πρβλ. απόφαση της 19ης Ιουνίου 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκέψεις 30 και 32). Υπενθυμίζεται ότι, μεταξύ των μέτρων που οφείλει να λάβει οικονομικός φορέας προκειμένου να αποδείξει την αξιοπιστία του, παρά τη συνδρομή σχετικού λόγου αποκλεισμού, περιλαμβάνεται η απόδειξη του ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για την αποκατάσταση κάθε ζημίας που τυχόν προκλήθηκε από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα το οποίο διέπραξε (βλ. Απόφαση 24ης Οκτωβρίου 2018 στην υπόθεση C 124/17, Vossloh Laeis GmbH κατά Stadtwerke München GmbH), ενέργειες στις οποίες η προσφεύγουσα ουδέποτε προέβη, όπως αποδεικνύεται από την υποβολή αιτήσεων ακύρωσης κατά των αποφάσεων της Αρχής 1033/2018 (Βλ ΑΚ168/2019 που συζητήθηκε κατά τη δικάσιμο της 23.0./2019 ενώπιον του Α3 Ακυρωτικού Τμήματος ΔΕΦΠειραιά) και 468/2019 (βλ Ε3032/2019 που συζητείται ενώπιον του Δ Τμ. ΣτΕ κατά τη δικάσιμο της 28.04.2020). Παρέπεται, λοιπόν, ότι η εκκρεμής ενώπιον της Αρχής σας προδικαστική προσφυγή της Κοινοπραξίας « –» ασκήθηκε άνευ εννόμου συμφέροντος της τελευταίας, αφής στιγμής δεν δικαιούται καν συμμετοχής και ως εκ τούτου καθίσταται απορριπτέα. III. ΑΒΑΣΙΜΟΤΗΤΑ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ (α) Η ex lege αναγνώριση της συνδρομής της προϋπόθεσης έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης για την προσφυγή στην προσβαλλόμενη διαδικασία Διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού 9.

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

Όπως είναι γνωστό, η μέριμνα για την αποτελεσματική διαχείριση των μεταναστευτικών προσφυγικών ροών έχει αναχθεί σε κατεπείγουσα ανάγκη άμεσης προτεραιότητας σύμφωνα με τις δεσμεύσεις και υποχρεώσεις που έχει αναλάβει η Χώρα μας. Το προσφυγικό/μεταναστευτικό ζήτημα έχει χαρακτηριστεί από την Ύπατη Αρμοστεία ως κατάσταση έκτακτης και αδήριτης ανάγκης στο οποίο απαιτείται άμεση ελληνική και ευρωπαϊκή ανταπόκριση. Υπό αυτές τις συνθήκες άμεσης και επιτακτικής ανάγκης θεσπίστηκε το αρ. 96, ν. 4368/2016, το οποίο διατηρήθηκε σε ισχύ με το άρθρο 80 παρ.30 Ν.4375/2016 (ΦΕΚ Α'51), και αντικαταστάθηκε με το άρθρο 17 Ν.4650/2019 (ΦΕΚ Α` 207/2019) και το άρθρο 14 του ν. 4332/2015, όπως είχε αντικατασταθεί με το άρθρο 73 παρ.1 Ν.4587/2018 (ΦΕΚ Α'218), και αντικαταστάθηκε από 1.11.2019, με το άρθρο 122 Ν.4636/2019. Στην εν λόγω νομική βάση, και συνδυαστικά με τον Ν. 4412/2016, διενεργούνται από το 2016 και ως σήμερα είτε διαδικασίες διαπραγμάτευσης, είτε ετήσιοι διαγωνισμοί είτε συμφωνίες πλαίσιο, προκειμένης της παροχής μεταξύ άλλων υπηρεσιών σίτισης για την αντιμετώπιση της προσφυγικής κρίσης (βλ Απόφαση VI Τμήματος ΕλΣυν 2510/2016) στις οποίες συμμετέχει μεταξύ άλλων και η προσφεύγουσα. 12. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι η προσφυγή σε διαδικασία Διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, και κατά παρέκκλιση κάθε άλλης διάταξης, αποτελεί απαραίτητη ενέργεια για την αντιμετώπιση της απρόβλεπτης αύξησης των προσφυγικών και μεταναστευτικών ροών, λαμβάνοντας υπόψη λόγους εθνικής ασφάλειας και δημόσιας τάξης. Οι ανακύπτουσες από τις εν λόγω Διαπραγματεύσεις συμβάσεις θεωρούνται εκ του Νόμου ότι έως την 31η.12.2020 καλύπτουν την προϋπόθεση συνδρομής έκτακτης και κατεπείγουσας ανάγκης. Ως εκ τούτου, οι αντίθετοι εκ της προσφεύγουσας ισχυρισμοί καθίστανται αβάσιμοι καθότι ουδόλως πρόκειται περί διαγωνισμού ανοικτής διαδικασίας, αλλά, κατά τα προλεχθέντα, για νόμιμη διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση διακήρυξης διαγωνισμού η οποία ex lege θεωρείται νόμιμη, προκειμένης της κάλυψης της εξαιρετικά επείγουσας και αδήριτης ανάγκης καθημερινής σίτισης των - με τα δεδομένα της πρόσκλησης - 21.200 προσφύγων και μεταναστών. Ως πραγματικό δεδομένο της αβεβαιότητας περί της ροής των προσφύγων/μεταναστών και της εξαιρετικά επείγουσας κατάστασης περί τη διαχείριση του προσφυγικού/μεταναστευτικού κύματος, οφείλουμε να

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

σημειώσουμε ότι ο αριθμός των σπιζομένων που είχε προβλεφθεί (21.200) κατά την 21.01.2020 εκτοξεύθηκε εντός του ελαχίστου διαστήματος των δύο ημερών, κατά την κατακύρωση, που έλαβε χώρα διά της Απόφασης Φ.600/16/20945/Σ.399/23 Ιαν 20/ σε 22.780 άτομα, με δυνατότητα επέκτασης των τροφοδοτούμενων ατόμων έως 23.700. (Σχετικό 2)

Συνακόλουθα δε, ακριβώς λόγω της νόμιμης διαδικασίας διαπραγμάτευσης, δεν συντρέχουν οι προϋποθέσεις περί αναστολής υπογραφής της ανακύπτουσας εκ της εν λόγω διαπραγμάτευσης σύμβασης, και ως εκ τούτου η προσφεύγουσα αιτείται όλως αλυσιτελώς την έκδοση από την Αρχή σας των κατάλληλων προσωρινών μέτρων προς αναστολή υπογραφής της σύμβασης, η οποία βέβαια, νομίμως, σε κάθε περίπτωση έχει ήδη εκτελεστεί από την Ένωσή μας. 13. Περαιτέρω, παρόλο που η προσφεύγουσα αναγνωρίζει ότι η παροχή υπηρεσιών σίτισης των προσφύγων και μεταναστών αποτελεί πάγια ανάγκη, “οπότε και θα έπρεπε να ρυθμιστεί δια κάλυψης των εν λόγω υπηρεσιών με μεγαλύτερης διάρκειας συμβάσεις δια δημοσίων διαγωνισμών”, φαίνεται ότι παραβλέπει και αποκρύβει εντελώς ότι η ίδια έχει εξαντλήσει κάθε δυνατότητα και κάθε ένδικο βοήθημα επί σκοπώ μη εκτέλεσης των εν λόγω υπηρεσιών σε προγενέστερες ανοικτές διαγωνιστικές διαδικασίες της αυτής αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, ως προς την προηγηθείσα ανοικτή διαδικασία διαπραγμάτευσης για τη σύναψη σύμβασης τριών μηνών του επίμαχου ΚΥΤ Λέσβου, η Κοινοπραξία είχε υποβάλει την ΑΕΠΠ ΓΑΚ 288/26.03.2018 προδικαστική προσφυγή, επί της οποίας εκδόθηκε η με αριθ. 269/05.04.2018 Απόφαση 6ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ. Ακολούθως για το ίδιο έργο υπέβαλε την ΑΕΠΠ ΓΑΚ 1051/12.10.2018 προδικαστική προσφυγή κατά της απόφασης, Φ.600/152/32427/Σ.4299/27.09.2018, περί διαπίστωσης αναληθών δηλώσεων στο υποβληθέν ΕΕΕΠ και μη πλήρωσης του κριτηρίου καταλληλότητας ως προς τη νόμιμη λειτουργία της επίμαχης εγκατάστασης στην, επί της οποίας εκδόθηκε η με αριθ. 1033/28.11.2018 απόφαση 2ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ, την οποία πρόσβαλε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά δια της αίτησης αναστολής ΑΝΜ249/2018, που απορρίφθηκε, μετ’ αποδοχή παρέμβασής μας, διά της με αριθ. Ν21/2019 απόφασης ΔΕφΠειραιά. Επίσης, ως είναι γνωστό στην Αρχή, κατά της με αριθ. 1033/2018 απόφασης ΑΕΠΠ εκκρεμεί η έκδοση απόφασης επί της αίτησης ακύρωσης με αριθ. καταχ. ΑΚ168/19.04.2019 ενώπιον του Διοικητικού

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

Εφετείου Πειραιά, η οποία συζητήθηκε κατά τη δικάσιμο της 23ης.01.2020, ως προαναφέραμε. 14. Στο μεταξύ η προσφεύγουσα πρόσβαλε τη διακήρυξη του ετήσιου διαγωνισμού ΑΣΔΥΣ, επί της οποίας εκδόθηκε η με αριθ. 441/07.06.2018 Απόφαση 3ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι οι αιτιάσεις της προσφυγής της έβαλαν κατά της επιλεγείσας διαδικασίας περί κατ' εξαίρεση σύντμησης των προθεσμιών διενέργειας του διαγωνισμού λόγω επείγοντος, με σκοπό την καθυστέρηση στη διενέργειά του διότι η ήδη προσφεύγουσα δεν διέθετε καταλληλότητα ως προς τη νόμιμη λειτουργία της επίμαχης εγκατάστασης στην Ο επίμαχος διαγωνισμός διενεργήθηκε ακολούθως με καθυστέρηση, δεδομένου, όμως, ότι η ήδη προσφεύγουσα δεν πληρούσε το κριτήριο καταλληλότητας νόμιμης λειτουργίας της Κύριας Μονάδας της, διά της Απόφασης 468/2019 απόφαση 4ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ, έγινε αποδεκτή η προδικαστική προσφυγή μας ΓΑΚ 347/19.03.2019, η αναστολή εκτέλεσης της οποίας αρχικά επιδιώχθηκε εκ μέρους της Κοινοπραξίας ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών δια της αίτησης αναστολής με αριθ. καταχ. ANM194/15.05.2019, και ακολούθως, κατόπιν της με αριθ. 196/2019 παραπεμπτικής απόφασης ΔΕφΑθ, επιδιώχθηκε η αναστολή εκτέλεσης αυτής ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας δια της αίτησης αναστολής με αριθ. καταχ. EN194/02.07.2019, η οποία απορρίφθηκε δια της απόφασης 189/2019 της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου Επικρατείας. Παραδόξως, η προσφεύγουσα στη συνέχεια, άσκησε την με αριθ. καταχ. Ε3032/2019 αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας κατά της με αριθ. 468/2019 Απόφασης της Αρχής σας, η συζήτηση της οποίας αναβλήθηκε για τη δικάσιμο της 28ης.04.2020. 15. Ως εκ τούτου, καθίσταται σαφές, ότι η παρούσα προδικαστική προσφυγή έχει καταστεί πλέον ως άνευ αντικειμένου, δεδομένου καταρχήν ότι οι εν λόγω υπηρεσίες έχουν εκτελεστεί νομίμως από την παρεμβαίνουσα Ένωσή μας (βλ παρ. 2 α, άρθρου 364 και άρθρο 368 του ν. 4412/2016) σε συνέχεια νόμιμης διαδικασίας διαπραγμάτευσης, η επιτακτική και κατεπείγουσα ανάγκη της οποίας δικαιολογείται εκ του Νόμου (αρ. 96 Ν. 4368/2016 και αρ. 14 παρ. 10 Ν. 4332/2015 ως ισχύουν). Το γεγονός δε, ότι η αναθέτουσα αρχή επιλέγει την ενεργοποίηση της διαδικασίας διενέργειας Πρόσκλησης σε Διαπραγμάτευσης αντί της διενέργειας ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού, οφείλεται αποκλειστικά στις ενέργειες της προσφεύγουσας Κοινοπραξίας, η οποία έχει εξαντλήσει και

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

εξαντλεί κάθε δυνατότητα δημιουργίας κωλυμάτων για την ομαλή εκτέλεση των υπηρεσιών σίτισης των προσφύγων και μεταναστών. Επομένως, η εν λόγω συμπεριφορά της προσφεύγουσας είναι αυτή που “θίγει την αποτελεσματική δικαστική της προστασία” και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού και όχι η νόμιμη Διαδικασία Διαπραγμάτευσης δια της οποίας τίθενται στενά χρονικά περιθώρια υποβολής προσφορών, διαδικασία εξάλλου με την οποία η προσφεύγουσα είναι εξοικειωμένη. (β) Η προσφεύγουσα αορίστως και απαραδέκτως βάλλει κατά όρου της Πρόσκλησης 16. Σύμφωνα με την παρ. 6 του άρθρου 5 της Πρόσκλησης (σελ. 12 επ.) ορίζεται ρητά ότι «Σε περίπτωση Κοινοπραξίας ή Ένωσης Εταιρειών που υποβάλλουν κοινή προσφορά, τα ανωτέρω στοιχεία παρέχονται για κάθε μέλος που συμμετέχει στην Κοινοπραξία ή την Ένωση», παραπέμποντας, μεταξύ άλλων, στα ποιοτικά κριτήρια επιλογής χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας (παρ. 4 και 5 αντίστοιχα του άρθρου 5 της Πρόσκλησης). Η προσφεύγουσα όμως αορίστως διαλαμβάνει ότι εξ αυτού του όρου της διακήρυξης καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή της, χωρίς ωστόσο να εξειδικεύει κατά τρόπο ειδικό και ορισμένο τα επιμέρους χωρία των εν λόγω κριτηρίων που δεν πληρούν τα μέλη της Κοινοπραξίας. Ως εκ τούτου ο σχετικός λόγος της προσφυγής τυγχάνει αόριστος και κατά τούτο απορριπτός, αφού δεν αναφέρεται για ποιο λόγο ο όρος αυτός παραβιάζει τις διατάξεις του Νόμου, ενώ πρέπει να απορριφθεί και ως απαράδεκτος αφού η προσφεύγουσα δεν περιγράφει ως άμεση και προσωπική συγκεκριμένη βλάβη, ήτοι ουδεμία αναφορά της περί αποκλεισμού ή δυσχέρειάς της να συμμετέχει εξαιτίας του όρου στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία υφίσταται (ΑΕΠΠ 210/2019). 17. Περαιτέρω, εκ μόνης της φύσεως και της πολυπλοκότητας του χαρακτήρα των υπηρεσιών σίτισης των προσφύγων και μεταναστών, προκύπτει το νόμιμο της βούλησης της αναθέτουσας αρχής όπως εντάξει στα έγγραφα της σύμβασης αυστηρές απαιτήσεις, οι οποίες οφείλουν να καλυφθούν από τον καταλληλότερο ανάδοχο, ο οποίος υποχρεούται να είναι σε ετοιμότητα και να ανταποκρίνεται όποτε του ζητηθεί στις όλο και αυξανόμενες απαιτήσεις των παρόντων υπηρεσιών. Προς επίρρωση τούτου, επισημαίνουμε ότι ο αριθμός των σιτιζόμενων προσφύγων και μεταναστών, μόνο στο Κ.Υ.Τ. και στη Δομή Νήσου, κατά τις απαιτήσεις της με αριθ. Φ.600/203/26579/22.12.2017 Πρόσκλησης της αυτής αναθέτουσας αρχής της (σύμβαση τρίμηνης

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

διάρκειας), ανέρχονταν στον αριθμό των 6.850 ατόμων ημερησίως, ενώ κατά τις απαιτήσεις της με αριθ. Διακήρυξης της Προϊσταμένης(ετήσια σύμβαση) ανέρχονταν στον αριθμό των 8.500 ημερησίως, και πλέον σύμφωνα με τις απαιτήσεις της τωρινής Πρόσκλησης ανέρχεται στον αριθμό των 21.200 ατόμων ημερησίως και ως προαναφέραμε, κατακυρώθηκε για 22780 έως 23.700. Καθίσταται δηλαδή σαφές, ότι ο ανάδοχος καλείται να εκτελέσει υπηρεσίες σίτισης και παρασκευής γευμάτων, ο ημερήσιος αριθμός των οποίων μεταβάλλεται συνεχώς, είναι αβέβαιος και εξαρτάται από τις όλο αυξανόμενες ροές άφιξης. Για το λόγο αυτό, δια των ποιοτικών κριτηρίων επιλογής, που η ίδια η αναθέτουσα, στα πλαίσια της διακριτικής ευχέρειας που διαθέτει, επιλέγει όπως προσαρμόσει στα έγγραφα της σύμβασης, πρέπει να προκύπτει ο καταλληλότερος ανάδοχος των προκηρυσσόμενων υπηρεσιών, ο οποίος βέβαια δεν συμπίπτει με το πρόσωπο της προσφεύγουσας, η οποία δεν δικαιούται πρωτίστως νόμιμης συμμετοχής. Σε κάθε περίπτωση, δεδομένων των ανωτέρω, ουδόλως επιτρέπεται η διακινδύνευση της προσήκουσας εκτέλεσης της παρούσας σύμβασης, η οποία έχει ήδη υλοποιηθεί, και τα κριτήρια, οι όροι και οι απαιτήσεις της οποίας είναι ήδη γνωστά στην προσφεύγουσα η οποία έχει υποβάλει προσφορές στις προγενέστερες της παρούσας Προσκλήσεις της αυτής αναθέτουσας αρχής, στις οποίες περιλαμβάνεται ταυτόσημος ο όρος που επιχειρεί τώρα να ακυρώσει. Συμπερασματικά 18. Εκ των ως άνω διαλαμβανομένων, προκύπτει ότι η παρούσα προδικαστική προσφυγή καθίσταται άνευ αντικειμένου, δεδομένου ότι οι υπηρεσίες της παρούσας Πρόσκλησης έχουν ήδη εκτελεστεί από την Ένωσή μας, σε συνέχεια νόμιμης διαδικασίας διαπραγμάτευσης χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, η έκτακτη και η κατεπείγουσα ανάγκη της οποίας προκύπτει εκ του ίδιου του Νόμου (αρ. 96 Ν. 4368/2016 και παρ. 10 αρ. 14 Ν. 4332/2015 ως ισχύουν). Επιπλέον, η προσφεύγουσα δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον καθότι αφενός, δεν επικαλείται ουδεμία συγκεκριμένη βλάβη εκ των φερόμενων πλημμελειών της επίμαχης Πρόσκλησης, αφετέρου, δεν δικαιούται καν συμμετοχής λόγω της στοιχειοθέτησης σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος που είναι ήδη γνωστό στην Αρχή σας (ΑΕΠΠ 1033/2018 και 468/2019). Ως εκ τούτου, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή καθίσταται απορριπτέα ως απαράδεκτη και

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

ως αόριστη, ενώ το αίτημα λήψης εκ της Αρχής σας των κατάλληλων προσωρινών μέτρων προβάλλεται όλως αλυσιτελώς...»

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 346 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων» ορίζεται 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. ...»

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 360 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» ορίζεται 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....»

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 362 παρ. 1 ν. 4412/2016 « Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της». Και σύμφωνα με το άρθ. 8 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 «Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξάριετα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ΄ ν. 4412/2016)».

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 364 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Ανασταλτικό αποτέλεσμα» ορίζεται ότι « 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

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

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, ...».

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθ. 368 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Κήρυξη ακυρότητας της σύμβασης» ορίζεται ότι « 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: ... (β) αν δεν τηρήθηκε η υποχρέωση αναστολής της σύναψης, σύμφωνα με το άρθρο 364 ...».

21. Επειδή κατά την έννοια του ενωσιακού δικαίου (βλ. σχετικά άρθρο 6 ΕΣΔΑ) ως ερμηνεύεται από το ΕΔΔΑ, η έννοια του «θιγόμενου» ταυτίζεται με το άτομο που βλάπτεται άμεσα από την αμφισβητούμενη πράξη ή παράλειψη (βλ. *Johnston* κα 18.12.1986, *Prager και Oberschlick*, 26.4.1995).

22. Επειδή στα πλαίσια της δικονομικής Οδηγίας 89/665/ΕΚ καθίστανται σαφές ότι τα κράτη μέλη δεν υποχρεούνται να παρέχουν το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σε οποιοδήποτε πρόσωπο επιδιώκει τη σύναψη δημοσίας συμβάσεως (υπόθεση ΔΕΚ C-240/01, 19.6.03, *W.Hackermuller*, Συλλ. 2003, I-6319, σκέψεις 18-19) C-230/02, 12.2.04 *Grossmann Air Service*, σκ 26).

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά, κατά την έννοια των διατάξεων του ν. 3886/2010, η οποία δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω με το παρόν νομοθετικό πλαίσιο (ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με το νόμο αυτό σύστημα παροχής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέως παράβαση των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημοσίας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης ή τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψη του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (ΕΑ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011 κ.α). Με βάση τα ως άνω, σε περίπτωση που κάποιος προτίθεται να στραφεί της κατά όρων διακήρυξης, θεωρώντας ότι την καθιστούν πλημμελή, θα πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει τη συγκεκριμένη ζημία που υφίσταται από τον όρο τον οποίο θεωρεί μη νόμιμο και όχι σύμφωνο με τη νομοθεσία που διέπει τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων.

24. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, *Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης*, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

25. Επειδή, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι: α) η προσβαλλόμενη πράξη να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

προσβαλλόμενη πράξης και της προβαλλόμενης βλάβης (ΣΤΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, *Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα*, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣΤΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ' αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣΤΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύνομη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣΤΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.) Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι και ενεστώζ, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣΤΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136), δηλαδή, να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, *Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο*, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014), και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣΤΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣΤΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔΤΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 846-7).

26. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «*η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης*» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «*Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 847).

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

27. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣΤΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την προσβαλλόμενη πράξη (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

28. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής του από την αναθέτουσα αρχή το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣΤΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος και τα στοιχεία του φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004), υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής).

29. Επειδή σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι από τον προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών, όσο σοβαρές και εάν είναι οι εικαζόμενες πλημμέλειες που επικαλείται ο προσφεύγων, και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον του, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, *Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017), και συνεπώς παρέλκει η εξέταση της βασιμότητάς τους καθόσον προϋποθέτει την άσκηση παραδεκτής προσφυγής.

30. Επειδή, όπως έχει κριθεί, η προσβαλλόμενη πράξη ακυρώνεται μόνον εάν η ακύρωσή της είναι λυσιτελής για τον προσφεύγοντα, εάν δηλαδή θεραπεύει, τουλάχιστον για τον εφεξής χρόνο, την βλάβη που προκαλεί στα έννομα συμφέροντά του η πράξη (ΣΤΕ 2068/2008, 4022/2006). Αντιστοίχως, έχει κριθεί ότι η ακύρωση πράξεως, παρίσταται αλυσιτελής, εφόσον δεν μπορεί να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο από τον αιτούντα αποτέλεσμα, ήτοι η κατακύρωση της σύμβασης (πρβ. ΣΤΕ Ολ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣΤΕ 2861-2862/2015, 79/2013 εν συμβ, 3, 3561/2011, 1193/2009).

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

Ειδικότερα, ως αλυσιτελής, χαρακτηρίζεται, η αίτηση ακυρώσεως- και η προσφυγή κατ' αναλογία- , η οποία ακόμη και αν γίνει δεκτή δεν πρόκειται να οδηγήσει σε δικαίωση και ικανοποίηση του αιτούντος και επομένως δεν θα έχει καμία ωφέλεια από την ακύρωση της πράξης. Η λυσιτέλεια, ως στοιχείο του παραδεκτού, ελέγχεται αυτεπαγγέλτως και σε επίπεδο συγκεκριμένου προβαλλόμενου λόγου (πρβ. ΣΤΕ Ολ. 2581/2015, 3315/2014 3578/2010, ΣΤΕ 2861-2862/2015, 79/2013 εν Συμβ).

31. Επειδή κατά την ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής (26-2-2020), είχε ήδη από ενός μηνός εκτελεσθεί εξ ολοκλήρου η προμήθεια που διακηρύχθηκε με την προσβαλλόμενη διακήρυξη, ήτοι η παροχή σίπισης 21.000 ατόμων στο ΚΥΤ της Μόριας, από 25 έως και 28 Ιανουαρίου 2020. Ειδικότερα, η σύμβαση της επίμαχης διακήρυξης, όχι μόνον συνήφθη αλλά και εκτελέσθηκε ολοσχερώς εντός του άνω χρονικού διαστήματος, ως αναφέρει η παρεμβαίνουσα και δεν αμφισβητείται. Επομένως, ανεξαρτήτως παντός άλλου, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελής, δεδομένου ότι στρέφεται κατά διακήρυξης το αντικείμενο της οποίας έχει ήδη υλοποιηθεί, κατά τρόπον ώστε η υπό εξέταση προσφυγή περί ακύρωσης της διακήρυξης, να στερείται αντικειμένου ως εκ της πλήρους εκτέλεσης της προμήθειας που διακηρύχθηκε. Συνεπώς, ακόμη και αν ακυρωνόταν η επίμαχη διακήρυξη -κατ' αποδοχή του αιτήματος της προσφυγής- όμως τούτο θα έβαινε άνευ αντικειμένου και δεν θα απέδιδε ουδεμία ωφέλεια στην προσφεύγουσα εφόσον η επίμαχη προμήθεια έχει ήδη ολοσχερώς υλοποιηθεί. Η απόρριψη της προσφυγής ως αλυσιτελώς ασκηθείσα σε περίπτωση ολοσχερούς εκτέλεσης της σύμβασης έχει *ad hoc* κριθεί και κατά το προϊσχύσαν δίκαιο το οποίο δεν διαφοροποιείται, εν προκειμένω, ως προς την εκτίμηση της αλυσιτέλειας. Η αλυσιτέλεια της προσφυγής προκύπτει από το αναπότρεπτο νομικό, υλικό και πραγματικό γεγονός της πλήρους εκτέλεσης του αντικειμένου της διακήρυξης της οποίας η τυχόν ακύρωση ουδεμία μεταβολή θέλει επιφέρει σε νομικό επίπεδο και ίδια στα έννομα συμφέροντα της προσφεύγουσας (ΣΤΕ (ΑΣΦ) 308/2009, 149/2008, 1312/2007, 09/2007, 509/2007, 1201/2007, 375/2006, ΔΕΦΑΘ (ΑΣΦ) 113/2013). Περαιτέρω, η παγία νομολογία περί αλυσιτέλειας της ακύρωσης της διακήρυξης, σε περίπτωση ολοσχερούς εκτέλεσης της σύμβασης και δη εντός της διάρκειας ισχύος της αναστολής της υπογραφής

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

της, παγιώθηκε και υπό την ισχύ των διατάξεων του ν. 3886/2010, που δεν διαφοροποιείται στο σημείο αυτό από τις διατάξεις του ν. 4412/2016.

32. Επειδή κατά την ειδική γνώμη της Εισηγήτριας, επί πλέον και ανεξαρτήτως της σκέψης 31, ως εκ του συγκεκριμένου αντικειμένου της διακήρυξης ήτοι τη παροχή σίτισης αυστηρά και απαρέγκλιτα για το συγκεκριμένο χρονικό διάστημα από 25 έως 28 Ιανουαρίου 2020, η υπό κρίση προσφυγή παραμένει ως άνευ εννόμου συμφέροντος και άνευ βλάβης, ήδη από του χρόνου ασκήσεώς της την 22-1-2020. Και τούτο διότι ακόμη και εάν -άμα της ασκήσει της προσφυγής την 22-1-2020- είχε χορηγηθεί είτε αναστολή του διαγωνισμού είτε ακόμη και αν είχε αυθημερόν την 22-1-2020 γίνει δεκτή η προσφυγή με απόφαση της ΑΕΠΠ και είχε ακυρωθεί η υπό εξέταση διακήρυξη, όμως σε ουδέν ήθελε ωφεληθεί η προσφεύγουσα. Εν προκειμένω, -και ακυρουμένης τυχόν της διακήρυξης- δεν νοείται νέα διακήρυξη της ίδιας προμήθειας -με τους τροποποιημένους όρους που επιδιώκει η προσφεύγουσα-, ουδεμιάς καταλειπομένης προσδοκίας ανάθεσης του αντικειμένου της προμήθειας στην προσφεύγουσα. Και τούτο προφανώς ιδία επειδή η επίμαχη προμήθεια δεν αφορά σε προϊόν το οποίο θα παρέμενε στην διάθεση της αναθέτουσας αρχής, ώστε σε περίπτωση ακύρωσης της διακήρυξης η προσφεύγουσα να διατηρούσε προσδοκία συμμετοχής σε νέα διαδικασία προμήθειας με το αυτό αντικείμενο. Αλλά αφορά σε υπηρεσία που παρέχεται -και αναλώνεται- μέσα σε αυστηρά προκαθορισμένα χρονικά όρια και μάλιστα αποκλειστικά και απαρέγκλιτα από την 25 έως και την 28 Ιανουαρίου 2020. Συνεπώς, παρερχομένου του κρίσιμου χρόνου παροχής που αποτελεί την βασικότερη συνιστώσα της υπό εξέταση διακήρυξης προμήθειας, να μην νοείται ακύρωση της πλησσομένης διακήρυξης και επαναπροκήρυξη της προμήθειας, καθόσον δεν νοείται προμήθεια για παρελθόντα χρόνο. Συγκεκριμένα, ακόμη και αν ακυρωνόταν η πλησσομένη διακήρυξη αυθημερόν με την άσκηση της προσφυγής την 22-1-2020, και κατ' αποδοχή των ισχυρισμών της προσφυγής, δεν νοείται δυνατότητα νέας τελέσφορης διαδικασίας για την παροχή σίτισης 21.000 ατόμων του ΚΥΤ Μόριας για το χρονικό διάστημα 25 έως και 28-1-2020, με τους τροποποιημένους όρους που αιτείται η προσφεύγουσα. Κατά αναγκαία χρονική ακολουθία ήδη από την 25-1-2020 και πάντως μέχρι την 28-1-2020, είχε εκλείψει ολοσχερώς και ανεπιστρεπτί το αντικείμενο του διαγωνισμού και

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

της σύμβασης. Επομένως αλυσιτελώς, απαραδέκτως και χωρίς έννομο συμφέρον ασκήθηκε η προσφυγή, δεδομένου ότι ακόμη και αν γινόταν δεκτοί οι προβαλλόμενοι λόγοι ακύρωσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης, όμως και πάλι δεν μεταβάλλονται και δη επί τα χείρω ή επί το βέλτιον τα έννομα συμφέροντα της προσφεύγουσας. Συγκεκριμένα η τυχόν ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης δεν έχει ως άμεση ουδέ καν ενδεχόμενη έννομη συνέπεια την διεξαγωγή διαγωνισμού με τους τροποποιημένους όρους που αιτείται η προσφεύγουσα, καθώς διαδικασία με το αυτό αντικείμενο αποκλείεται όχι μόνο λόγω της πλήρους εκτέλεσης της προμήθειας την 28-1-2020. Αλλά επί πλέον και επειδή, ήδη κατά την άσκηση της προσφυγής την 22-1-2020, τυχόν ακύρωση και επαναπροκήρυξη ή τροποποίηση της προσβαλλόμενης διακήρυξης με τις προθεσμίες δημοσιεύσεων που αιτείται η προσφεύγουσα, θα περιήγαγε την διαδικασία μακράν πέραν του κρίσιμου αντικειμένου της, ήτοι την παροχή σίτισης από 25 έως και 28 Ιανουαρίου 2020. Συνεπώς τυχόν αποδοχή των ισχυρισμών και του αιτήματος της υπό εξέταση προσφυγής, ήδη ακόμη και την ίδια ημέρα άσκησής της την 22-1-2020, οδηγεί στην αναπόφευκτη χρονική ολίσθηση του αντικειμένου του διαγωνισμού με συνέπεια το ανεπίκαιρο της σύναψης της επιδιωκόμενης σύμβασης και την οριστική ματαίωση του αντικειμένου της διαδικασίας για το οποίο αποφασίστηκε η διενέργεια του διαγωνισμού. Και τούτο επί βλάβη όχι της προσφεύγουσας αλλά της αναθέτουσας αρχής, η οποία υπό τις περιστάσεις που αναφέρονται στις απόψεις της σε κάθε περίπτωση όφειλε να προσποριστεί το αντικείμενο της διακήρυξης κατά τον ανελαστικό κρίσιμο χρόνο, χωρίς να προκύπτει ουδέ ως εικαζόμενο ενδεχόμενο ότι σε περίπτωση ακύρωσης της διαδικασίας, θα το προσποριζόταν -έστω και εκτός διαδικασίας- από την προσφεύγουσα η οποία ουδεμία ωφέλεια θα αποκόμιζε. Επομένως, καθόσον εν προκειμένω η προσφεύγουσα ουδεμία ωφέλεια προσδοκά ούτε είναι δυνατόν να προσποριστεί ωφέλεια από την ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης, η προσφυγή είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη αλυσιτελής και χωρίς έννομο συμφέρον, επειδή η προσφεύγουσα ούτε επικαλείται ούτε αποδεικνύει ούτε άλλως προκύπτει βλάβη της κατά την έννοια του νόμου, άμεση, προσωπική, ή ενδεχόμενη, και αιτιωδώς συναρτώμενη με την προσβαλλόμενη διακήρυξη. Γίνεται μνεία ότι και αληθείς και βάσιμοι υποτιθέμενοι οι λόγοι της προσφυγής, και ανεξαρτήτως του

Αριθμός απόφασης: 303 /2020

απαραδέκτου της υπό κρίση προσφυγής, όμως η προσφεύγουσα δεν στερείται έννομης προστασίας ενώπιον της ΑΕΠΠ. Συγκεκριμένα και παρότι η υπό κρίση προσφυγή παραμένει απορριπτέα ως απαράδεκτη λόγω αλυσιτέλειας και λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, όμως δεν περιορίζεται ουδέ εκλείπει η προδικαστική και δικαστική έννομη προστασία της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, τα άρθρ. 346, 360, 364, 368 του ν. 4412/2016 (σκέψεις 16, 17, 19, 20) θεσπίζουν το δικαίωμα προσβολής και ακύρωσης της επίμαχης σύμβασης, η οποία υπογράφηκε εντός του χρονικού διαστήματος αναστολής της υπογραφής, εφόσον ασφαλώς ήθελε ασκηθεί το συγκεκριμένο δικαίωμα και ήθελαν τυχόν κριθεί βάσιμοι και αποδεδειγμένοι οι ισχυρισμοί της υπό εξέταση προσφυγής. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς, όπως βάσιμα αναφέρει η παρεμβαίνουσα, η υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως αλυσιτελής λόγω ολοσχερούς εκτέλεσης του αντικειμένου της διακήρυξης και ως άνευ εννόμου συμφέροντος και βλάβης της προσφεύγουσας. Αντιστοίχως, κατά την μειοψηφούσα γνώμη της Εισηγήτριας πρέπει να γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί της παρέμβασης περί απαραδέκτου της προσφυγής και να γίνει δεκτή η παρέμβαση κατά το αίτημα απόρριψης της προσφυγής

33. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση, με την επιφύλαξη της σκέψης 32.

34. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

35. Επειδή κατά την πλειοψηφούσα γνώμη, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης 31, η εξέταση της παρέμβασης καθίσταται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣΤΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256- 257), δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής.

36. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη 34, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, κατά το νόμιμο ποσόν των 2.283,38 ευρώ (άρθρο 363 ν. 4412/2016) και να επιστραφεί κατά το υπερβάλλον ποσόν των 216,62 ευρώ (σκέψη 1).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου κατά το ποσόν των 2.283,38 ευρώ και την επιστροφή του κατά το ποσόν των 216,62 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 26-2-2020 και εκδόθηκε την 17-3-2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ιωάννα Θεμελή

Η Γραμματέας

Ελένη Μισοκεφάλου