

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Πουλοπούλου Αγγελική, Πρόεδρος, Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Εισηγητής και
Τσουλούφα Αργυρώ, Μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί από
24.11.2018 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1256/26-11-2018 Προδικαστικής
Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «.....»
και με διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενης

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία
«.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την
ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 15-11-2018 υπ' αρ. 153/13-11-
2018 απόφαση αυτής σχετικά με το ΤΜΗΜΑ 1 και δη καθ' ο μέρος
και κατ' έγκριση του συμπροσβαλλόμενου με αρ. πρωτ. 6903/1480/30-10-2018
Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού, καταρχήν έκρινε ως αποδεκτή την
προσφορά του ως άνω παρεμβαίνοντος και περαιτέρω βαθμολόγησε αυτήν ως
την πλέον συμφέρουσα, καθώς και κατά κάθε συναφούς προγενέστερης ή
μεταγενέστερης πράξης της αναθέτουσας. Η διαφορά αναφέρεται στο πλαίσιο
του ανοικτού ηλεκτρονικού διεθνούς διαγωνισμού άνω των ορίων για την
ανάθεση δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον

συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ συνολικής αξίας 5.351.427,90 ευρώ και Τμήματος 1 που αφορά η προσφυγή 2.288.865,95 ευρώ, που προκήρυχθηκε με την υπ' αρ. πρωτ. 3855/12-6-2018 (2η Επαναπροκήρυξη) Διακήρυξη «.....» (ΤΜΗΜΑ 1:από 15.11.2018 έως 31.12.2021), που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 15-6-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 15-6-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 15-6-2018 με συστημικό α/α

Με το συνημμένο στην Προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης, ως και κάθε συναφούς πράξης και περαιτέρω της προόδου του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας από 24-11-2018 προσφυγής κατά της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 15-11-2018 εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, μετά βαθμολογήσεως των τελευταίων, όσον αφορά το Τμήμα 1 της διαδικασίας και στο πλαίσιο του διενεργούμενου με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ειδικότερα, ο προσφεύγων του οποίου η προσφορά κρίθηκε καταρχήν αποδεκτή, βαθμολογήθηκε περαιτέρω ως προς το Τμήμα 1 με 105,4, βάλλει τόσο κατά της καταρχήν αποδοχής του παρεμβαίνοντος στο Τμήμα αυτό, με τους 4 πρώτους λόγους της προσφυγής του, με τον πέμπτο δε λόγο του βάλλει κατά της συγκριτικής βαθμολόγησης των προσφορών τους, ύστερα από την οποία αυτή του παρεμβαίνοντος βαθμολογήθηκε με 105,9 και επομένως κατετάγη πρώτος ως προς τη βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς του. Σημειωτέον δε, ότι βάσει του αντικειμένου της σύμβασης περί σίτισης φοιτητών

και της κείμενης σχετικής νομοθεσίας, το σιτηρέσιο ανά σιτιζόμενο είναι εκ του νόμου και της διακήρυξης προκαθορισμένο και επομένως, οι οικονομικές προσφορές των μετεχόντων δεν δύνανται παραδεκτώως να κυμανθούν σε ποσό μεγαλύτερο ή μικρότερο από το αντιστοιχούν. Όσον αφορά το μέρος της προσφυγής του με το οποίο βάλλει κατά της καταρχήν αποδοχής του παρεμβαίνοντος, ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο του επικαλείται ότι ο τελευταίος έπρεπε να αποκλειστεί ήδη από το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής λόγω παράβασης των όρων της παρ. 3.2.2 του Κεφαλαίου 3 του Μέρους Α΄ της διακήρυξης, με τον δεύτερο λόγο του επικαλείται ότι ο παρεμβαίνων ήταν ομοίως αποκλειστέος κατά την παρ. 2.3 του Κεφ. 2 του Μέρους Α΄ της διακήρυξης και δη σχετικά με την εκ μέρους του μη απόδειξη λήψης επανορθωτικών μέτρων, ενώ συγχρόνως και η αναθέτουσα δεν κίνησε την οικεία κατ' άρ. 73 Ν. 44121/2016 περί ελέγχου αυτών, διαδικασία. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται ότι ο παρεμβαίνων ήταν αποκλειστέος κατά την παρ. 3.2.2 του Κεφ. 3 του Μέρους Α της διακήρυξης όσον αφορά την απόδειξη τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και με τον τέταρτο λόγο του ότι κατά παράβαση του Κεφ. Β Παραρτήματος Α Μέρους Β της διακήρυξης σχετικά με τους πίνακες εδεσματολογίου-συνοδευτικών-προδιαγραφές πρώτων υλών και προσφερόμενων ειδών, προσφέρει για βελτίωση του πρώτου πιάτου ως προς το κριτήριο αξιολόγησης Κ.3.2 Κριτηρίου 3 Τεύχους Γ και κατά τη σελ. 10 της προσφοράς του και όπως φαίνεται και από τον Πίνακα 14 της Επιτροπής Διαγωνισμού, πιάτο με αλλαντικά μεταξύ άλλων, ως προς το δε κριτήριο Κ.3.3 περί βελτίωσης κυρίως πιάτου, πιάτο με μύδια, ομοίως δε περιλαμβάνει στο εδεσματολόγιό του, πρώτα πιάτα αλλαντικών για το πρόγραμμα σίτισης 2 εβδομάδων που υπέβαλε κατ' απαίτηση της διακήρυξης. Με τον πέμπτο λόγο του και για την περίπτωση απόρριψης των ως άνω ισχυρισμών του και κρίσης περί παραδεκτού της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ο προσφεύγων βάλλει κατά της συγκριτικής μεταξύ τους βαθμολόγησης, ως προς τα κριτήρια βαθμολόγησης Κ1, Κ2, Κ3 και Κ4, με τους αντίστοιχους τέσσερις ειδικότερους ισχυρισμούς του.

2. Επειδή, με τις από 4-12-2018 και με αρ. πρωτ. 7980 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της, η αναθέτουσα καταρχήν επικαλείται απαράδεκτο λόγω αοριστίας της προσφυγής ως προς τον πρώτο και τρίτο λόγο της και δεν

στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της. Περαιτέρω, προς απόρριψη του πρώτου λόγου της προσφυγής κατά την ουσία του, η αναθέτουσα επικαλείται ότι δεν απαιτείται οι ισολογισμοί και τα ισοζύγια να φέρουν επικύρωση από δικηγόρο, αφού εξάλλου και η αναθέτουσα δύναται να τα λαμβάνει απευθείας μέσω του ΓΕΜΗ, προς απόρριψη του δεύτερου λόγου προσφυγής ότι οι 2 πράξεις επιβολής προστίμου εις βάρος του παρεμβαίνοντος αφορούν υπέρβαση ωραρίου εργασίας και όχι αδήλωτη εργασία και επομένως δεν συνέτρεχε λόγος αποκλεισμού, ο ίδιος δηλώνει στο ΕΕΕΣ του ότι έχει καταβάλει τα πρόστιμα και έχει προβεί σε διορθωτικές κινήσεις, ενώ δεν είχε υποχρέωση προσκόμισης των οικείων αποδεικτικών κατά το παρόν στάδιο, παρά μόνο περιγραφής των μέτρων αξιοπιστίας του στο ΕΕΕΣ του, βάσει του κανόνα της προκαταρκτικής απόδειξης. Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής, η αναθέτουσα επικαλείται ότι δεν επιβαλλόταν η αναγραφή αριθμού σιτιζομένων στα πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης, αλλά μόνο στον κατάλογο υπηρεσιών μαζικής εστίας που πραγματοποιήθηκαν κατά την προηγούμενη τριετία, όπως ο παρεμβαίνων κατά την αναθέτουσα όντως έπραξε και εξάλλου η αναγραφή του ως άνω στοιχείου στις βεβαιώσεις ορθής εκτέλεσης δεν θα ήταν και εκ των πραγμάτων δυνατή. Ως προς τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, η αναθέτουσα επικαλείται ότι η διακήρυξη ήταν αντιφατική και εσφαλμένη, αφού και απαγόρευε και ζητούσε την προσφορά πιάτων με αλλαντικά και μαλάκια, προς τούτο δε η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν έλαβε υπόψη προσφορές που περιλαμβάνουν αλλαντικά, ενώ ως προς το μυδοπίλαφο επικαλείται η αναθέτουσα ότι δεν προκύπτει ότι προτείνεται από το εδεσματολόγιο του παρεμβαίνοντος. Ως προς τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, η αναθέτουσα επικαλείται ότι οι βαθμολογικές της κρίσεις είναι ορθές και αποτελούν τεχνικές κρίσεις, εξεταζόμενες μόνο στο πλαίσιο παράβασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας. Περαιτέρω, η αναθέτουσα επικαλείται ότι η ΑΕΠΠ αποτελεί νομοθετικά αλλά όχι συνταγματικά κατοχυρωμένη ανεξάρτητη Αρχή και δεν υπάγεται στο άρ. 101^Α Συντ. και στον Ν. 3051/2002 και επομένως η άσκηση της ακυρωτικής της αρμοδιότητας, δεδομένων των ως άνω δεν ευρίσκει έρεισμα σε συνταγματική διάταξη, αφού αντίκειται στο άρ. 26 παρ. 2 Συντ., δεν υφίσταται συνταγματική διάταξη που προβλέπει το εύρος και είδος των αρμοδιοτήτων της και την ακυρωτική της αρμοδιότητας και είναι ασυμβίβαστη με την έννοια του Κράτους

Δικαίου και την αρχή διάκρισης των λειτουργιών, αφού δεν μπορεί κατά την αναθέτουσα να αποδοθεί αρμοδιότητα ελέγχου νομιμότητας, αφού τα εννοιολογικά στοιχεία της αρχής του Κράτους Δικαίου συνίστανται στην αρχή διάκρισης λειτουργιών και τη δέσμευση αυτών από το Σύνταγμα, όσο και την οριοθετημένη από το Σύνταγμα θέση της νομιμότητας της δράσης των οργάνων της εκτελεστικής λειτουργίας. Επομένως, η αναθέτουσα επικαλείται ότι το άρθρο 367 Ν. 4412/2016 είναι αντισυνταγματικό και επομένως η προκείμενη προσφυγή και το επί αυτής συνημμένο αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ερείδονται επί αντισυνταγματικής διάταξης.

3. Επειδή, με την από 4-12-2018 εμπρόθεσμα ασκηθείσα, κατόπιν της από 26-11-2018 κοινοποίησης σε αυτόν της προσφυγής, παρέμβασή του, η οποία νομότυπα κατατέθηκε και υπογράφηκε, ο παρεμβαίνων, μετ' εννόμου συμφέροντος αφού η προσφυγή στρέφεται αφενός κατά της αποδοχής του, αφετέρου κατά της συγκριτικής του βαθμολόγησης, επικαλείται τα εξής. Ως προς τον πρώτο λόγο ότι οι ισολογισμοί και τα ισοζύγια του έχουν δημοσιευθεί στο ΓΕΜΗ και επομένως συνιστούν δημόσια έγγραφα και προσβάσιμα σε οιονδήποτε προς έλεγχο, ενώ συγχρόνως όμως, η προσφορά του προσφεύγοντος πάσχει λόγω λήξης Βεβαίωσης Εγκατάστασης Υγειονομικού Ενδιαφέροντος από 21-10-2018. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ότι τα πρόστιμα που του επιβλήθηκαν αφορούν τροποποίηση ωραρίου πίνακα προσωπικού και δηλωμένου οδηγού, που εξοφλήθηκαν εξάλλου. Ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ότι η ίδια η αναθέτουσα, που του χορήγησε την οικεία βεβαίωση εκτέλεσης γνωρίζει ότι ο αριθμός καθημερινά σιτιζόμενων ποικίλλει και ότι πληρούται η οικεία απαίτηση στο πρόσωπό του, η δε αναθέτουσα γνωρίζει τον οικείο αριθμό, παρότι αυτός δεν μπορεί να αποτυπωθεί σε βεβαίωση, λόγω καθημερινής διαφοροποίησης, περαιτέρω ότι δεν απαιτείται κατά τη διακήρυξη η αναγραφή στα πιστοποιητικά ορθής εκτέλεσης του αριθμού σιτιζόμενων φοιτητών, ενώ η αντίστοιχη βεβαίωση του προσφεύγοντος δεν συνοδεύεται από φορολογικά παραστατικά ποσοτικής παραλαβής. Ως προς τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού, λόγω αντίφασης της διακήρυξης, ως προς τα αλλαντικά, ανέφερε ότι δεν θα ληφθούν υπόψη προσφορές με αλλαντικά, ο δε προσφεύγων στην προσφορά του περιλαμβάνει και αυτός, σελ. 249 αυτής, αλλαντικά για το

πρωινό των φοιτητών, ως προς το δε μυδοπίλαφο, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι δεν αναφέρεται στο προτεινόμενο εδεσματολόγιο, οπότε και δεν όφειλε η αναθέτουσα να το λάβει υπόψη της κατά την αξιολόγηση της προσφοράς του, ως απλώς προτεινόμενο πιάτο, ενώ σε κάθε περίπτωση παρασκευάζεται βάσει προτύπων ποιότητας και με ποιοτικά υλικά. Ως προς τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι αβάσιμοι, ενώ η προσφορά του προσφεύγοντος πάσχει από ελλείψεις.

4. 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) εμπλεκομένων 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 εμπλεκομένων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης

προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια. Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017. Σε αυτό το στάδιο, όμως, ήτοι περί χορήγησης προσωρινών μέτρων, δεν λαμβάνει χώρα αναλυτική και εις βάθος εξέταση του απαραδέκτου ή του αβασίμου (που συνεπάγεται αντιστρόφως, του παραδεκτού και του βασίμου), λόγω αφενός του όρου «προδήλως» που η ως άνω διάταξη του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 υιοθετεί, θέτοντας συγχρόνως τα όρια και την έκταση ελέγχου στο στάδιο των προσωρινών μέτρων, αφετέρου του ιδιαίτερα περιορισμένου χρονικού διαστήματος για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από την επομένη της χρέωσης στο Κλιμάκιο κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), όπως εξάλλου και την έμφαση στο στοιχείο της ζημίας των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών ως δικαιολογητικό έρεισμα των προσωρινών μέτρων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α77/2018). Επομένως, κατά την εξέταση επί λήψης προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ, η πιθανολόγηση εξαντλείται (ως προς το προδήλως απαράδεκτο) στη διάγνωση ευχερώς εντοπίσιμων, άνευ χρείας επισταμένης κρίσεως, διαδικαστικών σφαλμάτων, όπως και (ως προς το προδήλως αβάσιμο) στην έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου, χωρίς η κατάγνωση του προδήλως αβασίμου να περιλαμβάνει τον αναλυτικό και διεξοδικό έλεγχο της βασιμότητας των επιμέρους λόγων της προσφυγής. Δεύτερον, πιθανολογείται η ύπαρξη μιας μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των συμφερόντων που εμπλέκονται στη διαδικασία ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένου τόσο αυτών του προσφεύγοντος, όσο και ακόμη και των έτερων μετεχόντων και ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία, ανεξαρτήτως ενδιάμεσης εκ μέρους τους παρεμβάσεως. Τα δε συμφέροντα των τελευταίων ως και αυτά της αναθέτουσας δύναται να θίγονται εκ της συνεχίσεως μιας αμφισβητούμενης νομιμότητας διαδικασίας ή από την

τυχόν ακύρωση της διαδικασίας σε πιο προχωρημένο στάδιο. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνέχισης της διαδικασίας επί του όλου των θιγομένων συμφερόντων, με την αντίστοιχη ζημία που δύναται να προκληθεί εκ της αναστολής της διαδικασίας. Τέταρτον, εξετάζεται το δυνητικό περιεχόμενο των προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' άρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μίγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 3,6,8/2017 και εξής). Αυτά εξάλλου συνάδουν όχι μόνο, κατά τα ως άνω, με την εξαιρετικά βραχεία προθεσμία προς έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από τη χρέωση στο Κλιμάκιο κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), αλλά και τον εν γένει χαρακτήρα του θεσμού της προδικαστικής προστασίας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. και ειδικότερα και της προσωρινής ενώπιον της προστασίας, η οποία ομοιάζουσα με την προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο της δικαστικής προσωρινής προστασίας, σκοπεί στον συγκερασμό της ταχύτητας με την αποτελεσματικότητα, δια της αποτροπής δημιουργίας τετελεσμένων που θα καταστήσουν εν τέλει την προδικαστική προστασία αλυσιτελή για τον προσφεύγοντα (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016) ή και θα επιφέρει βλάβη και καθυστερήσεις για την αναθέτουσα και τους έτερους ενδιαφερομένους δια της ακάθεκτης προόδου ενός διαγωνισμού, ο οποίος κινδυνεύει να ακυρωθεί εξ υπαρχής. Συνεπώς (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α51/2018), ακόμη και όταν από το καταρχήν περιεχόμενο του δικογράφου καταλείπεται μια καταρχήν αμφιβολία ως προς το αν συντρέχουν επιμέρους στοιχεία του παραδεκτού του (όχι όμως και βεβαιότητα περί της μη συνδρομής τους), όπως το έννομο συμφέρον επί της εν γένει ασκήσεώς του ή επί του ορισμένου επιμέρους λόγων της προσφυγής ως και σε αντίστοιχες περιπτώσεις, αλλά και όπου η διάγνωση περί του παραδεκτού δεν προκύπτει ευθέως και προδήλως εκ του δικογράφου, αλλά προϋποθέτει αναλυτική νομική ερμηνεία του κείμενου πλαισίου και διεξοδική υπαγωγή της κρινόμενης περίπτωσης σε αυτό, τότε οι ως άνω κανόνες περί αφενός συνδρομής όχι

πιθανολογούμενου παραδεκτού/βασίμου αλλά μη προδήλως απαραδέκτου/αβασίμου για την εφαρμογή του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, αφετέρου πρόληψης της αθροιστικής επαπειλούμενης βλάβης κατά όλων των ενδιαφερόμενων μερών, επιτάσσουν τη χορήγηση ανασταλτικής φύσης προσωρινών μέτρων, εφόσον πάντως δεν εντοπίζονται αυταπόδεικτοι λόγοι απόρριψης που συνάγονται ευθέως εκ των οικείων κανόνων άνευ χρείας ερμηνείας και επιστάμενου νομικού ελέγχου για την οικεία υπαγωγή (όπως επί παραδείγματι σε περίπτωση εκπροθέσμου άσκησης, απαράδεκτου τρόπου κατάθεσης, έλλειψης παραβόλου, πρόδηλης έλλειψης εννόμου συμφέροντος ή πλήρους αοριστίας) και δεν απαιτούν τη μεσολάβηση κάποιας ειδικής επιμέρους κρίσης και εκτεταμένης νομικής σκέψης.

5. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ.και ποσού 11.500,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Περαιτέρω, η διαφορά εκ της προσβαλλομένης υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή ασκείται εμπροθέσμως κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 15-11-2018 και χρόνος άσκησης της προσφυγής η 24-11-2018), ενώ νομίμως υπογράφεται. Ο δε προσφεύγων παρίσταται ότι έχει καταρχήν έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής του, αφού προδήλως, ως μόνος έτερος πλην του παρεμβαίνοντος, αποδεκτός και βαθμολογηθείς μετέχων, ευνοείται από τον αποκλεισμό του τελευταίου, ως και από τη μεταβολή της βαθμολόγησης των προσφορών, προς όφελός του. Εξάλλου, η τελική βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών είναι και το εν τοις πράγμασι κριτήριο ανάθεσης εν προκειμένω, σύμφωνα και με το αρ. 5 της διακήρυξης αφού το ημερήσιο σιτηρέσιο ανά φοιτητή, έχει καθοριστεί εκ της

ΚΥΑ Φ547452/Β3/9-5-2007 σε σταθερό ποσό. Οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της αναθέτουσας, καίτοι θα εξετασθούν αναλυτικά κατά την εξέταση της ίδιας της Προσφυγής, ουδόλως πάντως και κατά τα ως άνω παρατεθέντα στη σκ. 4, ως προς τα εξεταζόμενα στο πλαίσιο διαδικασίας προσωρινών μέτρων, στοιχεία, ούτε η ως άνω έλλειψη εννόμου συμφέροντος που η αναθέτουσα αιτιάζεται και επομένως το απαράδεκτο εξ αυτού του λόγου, της προσφυγής, προκύπτουν κατά πρόδηλο τρόπο. Ομοίως, δεν προκύπτει και δη κατά πρόδηλο τρόπο ούτε η εκ της αναθέτουσας επικαλούμενη αοριστία του δικογράφου, αντίθετα οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος, ανεξαρτήτως βασιμότητάς τους, παρίστανται έστω καταρχήν, ως ορισμένοι και δεκτικοί εκτίμησης, η δε οριστική επί του ορισμένου αυτών, άρα και επί του παραδεκτού της προσφυγής, κρίση δεν λαμβάνει κατά τα ως άνω χώρα στο παρόν στάδιο, όπου ο έλεγχος εξαντλείται στην εξέταση περί του μη προδήλως απαράδεκτου, ενώ εξάλλου για την παραδεκτή άσκηση της εν γένει προσφυγής, αρκεί η παραδεκτή προβολή έστω και ενός ισχυρισμού, ανεξαρτήτως του παραδεκτού των υπολοίπων επιμέρους ισχυρισμών. Εξάλλου, οι περί αντισυνταγματικότητας του άρ. 367 Ν. 4412/2016 και της οικείας ακυρωτικής αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, ήτοι περί αναρμοδιότητας της ΑΕΠΠ αιτιάσεις της αναθέτουσας, προφανώς δεν είναι δυνατόν να εξετασθούν στο όλως περιοριστικό χρονικά και κατ' αντικείμενο, πλαίσιο της διαδικασίας προσωρινών μέτρων, το οποίο κατατείνει στην όλως προσωρινή και βραχυπρόθεσμη, εν όψει και του εκ του νόμου αποκλειστικού διαστήματος εξέτασης και έκδοσης απόφασης επί της προσφυγής, προστασία των ενδιαφερόμενων μερών και των διακυβευόμενων συμφερόντων, που ενδέχεται να θιχθούν από την περαιτέρω πρόοδο της διαδικασίας. Αντίθετα, όπως είναι προφανές εκ του περιεχομένου τους, οι ως άνω ισχυρισμοί απαιτούν ενδελεχή εξέταση, η οποία μπορεί να λάβει χώρα μόνο στο πλαίσιο της οριστικής Απόφασης επί της Προσφυγής. Σε κάθε περίπτωση βέβαια, ο οικείος ισχυρισμός της αναθέτουσας ουδόλως δύναται να θεωρηθεί και ως προδήλως βάσιμος (και κατ' αποτέλεσμα, η προσφυγή ως προδήλως απαράδεκτη εξ αυτού του λόγου), δεδομένης της λειτουργίας της ΑΕΠΠ επί διάστημα άνω των 17 μηνών ως θεσμός ιδρυθείς

προς τη δημιουργία ενός νέου πλαισίου διασφάλισης της νομιμότητας και εμπέδωσης της εμπιστοσύνης των οικονομικών φορέων στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, συμφώνως μάλιστα και με το ενωσιακό δίκαιο, βλ. και άρ. 2 Οδηγίας 89/665/ΕΟΚ, όπως τροποποιήθηκε με το άρ. 1 της Οδηγίας 2007/66/ΕΚ, του ελέγχου των κανονιστικών διαταγμάτων που διέπουν τη συγκρότηση, λειτουργία της και εξέταση των ενώπιον αυτής υποθέσεων (ΠΔ 38/2018 και 39/2018), από το ΣτΕ (ΣτΕ Ε' Τμ. Γνμδ 50-51/2017), της ενώπιον της ΑΕΠΠ άσκησης περί των 1.800 κατ' αυτή τη στιγμή, προδικαστικών προσφυγών κατά πράξεων και παραλείψεων κάθε μορφής και είδους αναθετουσών αρχών και αναθέτοντων φορέων επί διαδικασιών σύναψης συμβάσεων προμηθειών, υπηρεσιών και έργου (μεταξύ των οποίων και επανειλημμένα της νυν αναθέτουσας), ως και έκδοσης άνω των 1.300 οριστικών Αποφάσεων και άνω των 650 αποφάσεων προσωρινών μέτρων της ΑΕΠΠ επί τέτοιων προσφυγών στο ως άνω διάστημα, το περιεχόμενο μάλιστα των οποίων έχει αποτελέσει κατευθυντήριο εργαλείο, εκτός των άλλων και για την ορθή και νόμιμη δράση των αναθετουσών αρχών και κατάστρωσης των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, της έκδοσης εκατοντάδων αποφάσεων όλων των Διοικητικών Εφετειών της Επικράτειας, ως και επανειλημμένως του ΣτΕ, μεταξύ των οποίων και επί 3 πιλοτικών δικών, επί Αποφάσεων της ΑΕΠΠ, στο πλαίσιο των οποίων η συνταγματικότητα, πλήρης ισχύς και δεσμευτικότητα του άρ. 367 Ν. 4412/2016 ως και της οικείας αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ θεωρήθηκε ως δεδομένη (μεταξύ των οποίων και στο πλαίσιο απόφασης που αφορούσε τον ίδιο επίδικο διαγωνισμό), της λήψης υπόψη από το Ελεγκτικό Συνέδριο στο πλαίσιο πολυάριθμων προληπτικών και προσυμβατικών ελέγχων που διενεργεί, των Αποφάσεων της ΑΕΠΠ και της προς αυτές συμμόρφωσης των αναθετουσών αρχών, ως δεσμευτικών πράξεων που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων εφ' ων έχουν εκδοθεί, αλλά και λόγω του γεγονότος ότι κατά το ως άνω διάστημα λειτουργίας της ΑΕΠΠ, έκδοσης των Αποφάσεών της και εν γένει άσκησης των θεσμικών αρμοδιοτήτων της, ουδείς διάδικος, οικονομικός φορέας ή αναθέτουσα αρχή, έχει επικαλεστεί ενώπιον της ή ενώπιον των δικαστηρίων, τυχόν

αντισυνταγματικότητα και μη ισχύ της ακυρωτικής της αρμοδιότητας. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται σειρά λόγων, που καταρχήν παρίστανται ως ορισμένοι, σαφείς και συγκεκριμένοι και σε κάθε περίπτωση, απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων του διαγωνισμού και των εγγράφων και δικαιολογητικών που κατέθεσαν οι διαγωνιζόμενοι, τις οικείες Απόψεις της αναθέτουσας και τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος, απαιτούν δε περαιτέρω και ερμηνεία ως και υπαγωγή των ως άνω ως προς τους όρους της διακήρυξης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία της κείμενης νομοθεσίας. Επομένως, δεν χωρεί άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

6. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας, αλλά και του παρεμβαίνοντος, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι του ανοίγματος οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου όποιου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας συμμετοχής στα επόμενα στάδια προσφοράς διαγωνιζομένου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου οικονομικών προσφορών τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, ενώ εξάλλου και μόνη της η τυχόν ακύρωση της βαθμολογικής κρίσης, αν ενδιαμέσως λάβει χώρα, αποσφράγιση οικονομικών προσφορών και ούτως αξιολογηθούν τελικώς οι προσφορές και λάβει χώρα προσωρινή κατακύρωση υπέρ κάποιου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης πρακτικού οικονομικών προσφορών άρα και προσωρινής κατακύρωσης, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Εξάλλου, τυχόν αποσφράγιση οικονομικής προσφοράς ενώ κριθεί ως ακυρωτέα και αναπεμφθεί για επανάληψη η

διαδικασία αξιολόγησης τεχνικών προσφορών διακινδυνεύει την όλη νομιμότητα της διαδικασίας ως και τον διαγωνισμό με ματαίωση. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της ίδιας της τεχνικής προσφοράς-δικαιολογητικών των διαγωνιζομένων, τις προσφορές των οποίων αφορά η προσφυγή, βάσει της εξέτασης επί των προκείμενων προδικαστικών προσφυγών. Τα παραπάνω ισχύουν ασχέτως του ότι κατά τη διακήρυξη, το προκείμενο κριτήριο ανάθεσης είναι η βαθμολογία τεχνικής προσφοράς, δεδομένου του σταθερού της τιμής σιτηρεσίου, αφού ουδόλως αποκλείεται η αποσφράγιση οικονομικών προσφορών να αποκαλύψει τυχόν σφάλματα και πλημμέλειες επ' αυτών ή να δώσει έρεισμα για τυχόν πλημμέλειες της αναθέτουσας. Περαιτέρω, εφόσον τυχόν ακυρωθεί έστω και μόνο η επιμέρους βαθμολογική κρίση επί των προσφορών, η υπόθεση θα πρέπει να αναπεμφθεί στην αναθέτουσα προς νέα βαθμολογική κρίση και επανάληψη της βαθμολογικής διαδικασίας με άρση των όποιων παραλείψεων ή σφαλμάτων εμφιλοχώρησαν (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 328, 581-582/2018) Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1666/2018 Πράξης Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 14-12-2018, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, αλλά και διότι ο απώτατος σε κάθε περίπτωση χρόνος στον οποίο δύναται να λάβει χώρα η εξέταση, ακόμη και κατόπιν αναβολής ή ματαίωσης της εξέτασης, είναι κατ' άρ. 365 παρ. 4 και 8 Ν. 4412/2016 και άρ. 13 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 (και δεδομένου του χρόνου άσκησης της προσφυγής την 24-11-2018) η 3-1-2018, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της 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 ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς.

7. 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. 4, αυτεπάγγελτης εξουσίας του Κλιμακίου επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, 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, όποτε αυτή λάβει χώρα λαμβανομένου υπόψη του αποκλειστικού χρόνου για την έκδοση Απόφασης κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 κατόπιν της εξέτασης της προσφυγής είτε αυτή λάβει χώρα κατά τον ως άνω ήδη προσδιορισθέντα χρόνο ή και μεταγενέστερα, εφόσον η εξέταση αναβληθεί, αλλά πάντως εντός του ομοίως αποκλειστικού για την εξέταση διαστήματος των 40 ημερών από την άσκηση της προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή απεύθυνσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με το στάδιο ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της τυχόν εσφαλμένης διαδικασίας βαθμολόγησης και της βαθμολογίας διαγωνιζομένου επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα καταστούν άκυρες.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Αίτηση Αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας διατάσσοντας ειδικότερα την αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακύρωσης έως και την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, όπως άμεσα μатаιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την αποσφράγιση και αξιολόγηση οικονομικών προσφορών και προσωρινή κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και αξιολόγηση ή και έγκρισή τους.

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 6 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ