



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. Α 28/2017

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 5^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ αποτελείται από τους: Κωνσταντίνο Κορομπέλη, Πρόεδρο, Μαρία Μανδράκη (Εισηγήτρια) και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη,

στο πλαίσιο εξέτασης της από 20.10.2017, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 167/20-10-2017, Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης V/28/20-10-2017 και χρέωσης στο 5ο Κλιμάκιο με το από 23.10.2017 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του 5ου Κλιμακίου, Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας με την επωνυμία «.....»

κατά όρων της με αριθμ.Διακήρυξης Ανοικτού, Ηλεκτρονικού, Δημόσιου Διαγωνισμού του, για την προμήθεια ενός κλιβάνου αποστείρωσης, προϋπολογισθείσας δαπάνης 149.000,00€ με ΦΠΑ (120.161,29€ άνευ ΦΠΑ), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής

και επιλαμβανόμενο του Αιτήματος Αναστολής-Προσωρινών Μέτρων το οποίο σωρεύει στην υπό κρίση προσφυγή της η Προσφεύγουσα εταιρεία,

αφού άκουσε την εισήγηση της Εισηγήτριας,

μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά Νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα

οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

2. Επειδή, περαιτέρω, κατά τις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017) ορίζεται ότι: «1. Ο σχηματισμός της ΑΕΠΠ, ενώπιον του οποίου εκκρεμεί η εξέταση της προσφυγής, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος το οποίο περιλαμβάνεται στην προσφυγή ή αυτεπαγγέλτως, και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει εντός δέκα (10) ημερών από την επομένη της χρέωσης της υπόθεσης σε αυτόν πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα που πρέπει να ληφθούν έως ότου αποφανθεί για την προδικαστική προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 του ν. 4412/2016 για την έκδοση της απόφασής της (άρθρο 366 παρ. 1 ν. 4412/2016) 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή (άρθρο 366 παρ. 2 ν. 4412/2016) 3. Με την απόφαση της παραγράφου 1 μπορεί να διατάσσεται και η άρση της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης. Λόγο άρσης της απαγόρευσης αυτής συνιστά το προδήλως απαράδεκτο ή το προδήλως αβάσιμο της προδικαστικής προσφυγής, περί του οποίου αρκεί απλή μνεία 4. Ο οικείος σχηματισμός μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παραγράφου 2 του παρόντος άρθρου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μην χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων (άρθρο 366 παρ. 3 ν. 4412/2016)».

3. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Συγκεκριμένα, η ΑΕΠΠ μπορεί να διατάξει την αναστολή της εκτέλεσης της

προσβαλλόμενης πράξης ωστόσο αποφανθεί για την προσφυγή, καθώς και κάθε πρόσφορο μέτρο προκειμένου να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή της εκτέλεσης οιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην προβεί στη χορήγηση προσωρινών μέτρων αν κρίνει ότι, συνυπολογίζοντας όλα τα συμφέροντα που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και το δημόσιο συμφέρον, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη».

4. Επειδή, από το συνδυασμό των ανωτέρω συνάγεται ότι, στο πλαίσιο του νέου νομοθετικού πλαισίου για την παροχή έννομης προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, παρέχεται στην ΑΕΠΠ η δυνατότητα να διατάσσει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης ωστόσο αποφανθεί για την προσφυγή, καθώς και κάθε πρόσφορο μέτρο προκειμένου να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή εκτέλεσης οιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, όπως σαφώς προκύπτει από την προαναφερόμενη αναφορά της αιτιολογικής έκθεσης του ν. 4412/2016 σχετικά με το άρθρο 366 αυτού, δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάσσει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ανάγοντας έτσι το προδήλως παραδεκτό και βάσιμο της υπό κρίση προσφυγής ως ουσιώδη κριτήρια για το αποδεκτό αυτής.

5. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, αποσκοπώντας να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, δεν θα πρέπει να δημιουργεί η ίδια τέτοιες καταστάσεις. Κατ' ακολουθίαν δεν επιτρέπεται να οδηγεί σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή, και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Αντισταθμίζεται, συνεπώς, η έλλειψη σημαντικών εγγυήσεων ορθής κρίσης, η οποία είναι αναπόφευκτη λόγω της συντομοτάτης προθεσμίας στην οποία διεξάγεται η σχετική εξέταση και λαμβάνεται η υπόψη απόφαση, έχοντας ως βασικά χαρακτηριστικά την απλή πιθανολόγηση των ισχυρισμών καθώς και την αποτροπή, μέχρι την περάτωση της κύριας προσφυγής, αμετάκλητων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, που ματαιώνουν τον πρακτικό σκοπό της και αποδυναμώνουν τη δραστηριότητα της οριστικής έννομης προστασίας. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας

κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

6. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου. Με άλλα λόγια, ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, εφόσον θεωρεί ότι θίγεται από όρο διακήρυξης, κατά παράβαση διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου, δύναται να σωρρεύσει αίτημα αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων επί της προδικαστικής προσφυγής (όμοιο κατά την έννοια των ασφαλιστικών μέτρων του άρθρου 5 του προϊσχύσαντος Ν. 3886/2010) κατά της Διακήρυξης, επικαλούμενος επαπειλούμενη βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης.

7. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η σοβαρή πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.).

8. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 2 του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017, ενώ έχει κατατεθεί και το σχετικό παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, βεβαίωση ελέγχου και δέσμευσής του (ΑΕΠΠ Αρ.Πρωτ.:498/17-10-2017) και η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως.

10. Επειδή, εν προκειμένω η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά του με αριθμ. 24 στοιχ. α' όρου των τεχνικών προδιαγραφών της επίμαχης Διακήρυξης, που ορίζει τα εξής: «Ένας πλήρης κύκλος θα πρέπει να αποτελείται από τις φάσεις: Α.

Ομογενοποίηση η οποία θα περιλαμβάνει τις φάσεις προκειμένου και προθέρμανσης του υλικού, επαναλαμβανόμενη έως τρεις φορές...», αιτούμενη την τροποποίηση του, προκειμένου - κατά τους ισχυρισμούς της - να μην δημιουργείται τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού και αδικαιολόγητα εμπόδια πρόσβασης στην διαγωνιστική διαδικασία.

11. Επειδή, με τις από 27.10.2017 (και με αριθ. πρωτ. 28052/27.10.2017 έγγραφο) απόψεις της, η Αναθέτουσα Αρχή κρίνει ως μη κρίσιμη ή ήσσονος σημασίας την τροποποίηση επί της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής και συναινεί σε τροποποίηση αυτής, ώστε να μην αποτελεί λόγο για να αποκλειστεί η Προσφεύγουσα, προτείνοντας να διαμορφωθεί ως εξής: «Α. Ομογενοποίηση η οποία θα περιλαμβάνει τις φάσεις προκειμένου και προθέρμανσης του υλικού, επαναλαμβανόμενη τουλάχιστον τρεις φορές...», ύστερα από τη λήψη σχετικής απόφασης του ΔΣ του (από 24/10/2017, 77^η συνεδρίαση, Θέμα Α1), βασιζόμενη στην εισήγηση της Διευθύντριας του, βάσει σχετικής πρότασης από την επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών. Συναφώς, εκδόθηκε και Ανακοίνωση αναβολής της ημερομηνίας διενέργειας του επίμαχου διαγωνισμού (έγγραφο Αναθέτουσας Αρχής με αριθμ. πρωτ. 27710/24.10.2017)

12. Επειδή, η διακήρυξη αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη διαδικασία του διαγωνισμού, σε περίπτωση τροποποίησης αυτής, η Αναθέτουσα Αρχή οφείλει να προβεί σε δημοσίευση των τροποποιήσεων επί της διακήρυξης και του συνόλου αυτής, όπως τελικά διαμορφώνεται μετά τις τροποποιήσεις, ώστε να μην καταλείπεται ουδεμία αμφιβολία περί της σαφήνειας των όρων της, τηρώντας δε τα κατά νόμο απαραίτητα ελάχιστα διαστήματα δημοσιότητας έως την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών.

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 27 παρ. 1 του ν. 4412/2016 «στις ανοικτές διαδικασίες ... (η) ελάχιστη προθεσμίας παραλαβής των προσφορών ανέρχεται σε 35 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ένωσης της προκήρυξης της σύμβασης ...», ενώ σύμφωνα με την παρ. 4 του αυτού άρθρου «η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συντμήσει κατά πέντε ημέρες την προθεσμία παραλαβής των προσφορών που ορίζεται στο δεύτερο εδάφιο της παρ. 1 όταν αποδέχεται την υποβολή προσφορών με ηλεκτρονικά μέσα ...».

14. Επειδή, εν προκειμένω η Αναθέτουσα Αρχή δεσμεύεται όπως προβεί σε τροποποίηση της διακήρυξης κατά τα ως άνω λεχθέντα στην προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή (βλ. ανωτέρω σκ. 11), κρίνοντας ότι η τροποποίηση αυτή δεν είναι ουσιώδης, σε κάθε δε περίπτωση δεν επηρεάζει τις προσδοκώμενες δυνατότητες της εν λόγω προμήθειας και τίθεται προς πλήρωση της αρχής *favor participationis*.

15. Επειδή, στο πεδίο (12) της υπόψη προσφυγής που τιτλοφορείται «ΑΙΤΗΜΑ ΑΝΑΣΤΟΛΗΣ – ΠΡΟΣΩΡΙΝΩΝ ΜΕΤΡΩΝ», η προσφεύγουσα εταιρεία αιτείται: «την αναστολή διενέργειας της ανωτέρω διακήρυξης έως την έκδοση απόφασης της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών επί της παρούσας προσφυγής και συγκεκριμένα την αναστολή διαδικασίας κατάθεσης προσφορών συμμετοχής στον εν λόγω διαγωνισμό και κάθε άλλης ενέργειας συνέχισης της διαδικασίας του εν λόγω διαγωνισμού καθώς και τη σύναψη της σύμβασης. Η συνέχιση της διαδικασίας μπορεί να οδηγήσει σε δύσκολα ανακλητές καταστάσεις και στον αποκλεισμό της συμμετοχής ή στη συμμετοχή εταιριών στον διαγωνισμό με έντονες αμφιβολίες για την αποδοχή της τεχνικής τους προσφοράς, μεταξύ δε αυτών πρωτίστως τη δική μας εταιρία. Επιπλέον η συνέχιση του διαγωνισμού πριν τουλάχιστον την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ μπορεί να προκαλέσει οικονομική ζημία στην εταιρία μας, καθώς αναγκάζεται να δεσμεύσει ποσά για εγγυητικές επιστολές και λοιπά έξοδα και να πραγματοποιήσει άλλα λοιπά δικαστικά έξοδα».

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα της Προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....»

Καλεί την Αναθέτουσα Αρχή,, όπως αναστείλει την εκτέλεση της Διακήρυξης με αριθμό πρωτ. για την προμήθεια ενός κλιβάνου αποστείρωσης, προϋπολογισθείσας δαπάνης 149.000,00€ με ΦΠΑ (120.161,29€ άνευ ΦΠΑ), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά καθώς και την περαιτέρω διενέργεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως ότου τροποποιήσει την τεχνική προδιαγραφή (24 στοιχ. Α), σύμφωνα με τα όσα συνομολογεί και η Αναθέτουσα Αρχή, ως εξής: «Ένας πλήρης κύκλος θα πρέπει να αποτελείται από τις φάσεις: Α. Ομογενοποίηση η οποία θα περιλαμβάνει τις φάσεις προκειμένου και προθέρμανσης του υλικού, επαναλαμβανόμενη τουλάχιστον τρεις φορές...» και δημοσιεύσει την ανωτέρω τροποποίηση επί της Διακήρυξης κατά τα νομίμως προβλεπόμενα, τηρώντας τις προθεσμίες του άρθρου 27 παρ. 1 και 4 του Ν.4412/2016, για τους λόγους που εκτίθενται αναλυτικά στο σκεπτικό της παρούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 2 Νοεμβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου