

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 16-4-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 356/16-4-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...ΑΕΒΕ», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΠΓΝ ...-ΓΝ-...», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της σε αυτόν κοινοποιηθείσας την 4-4-2018 με αριθμό πρωτοκόλλου 17231/03.04.2018 πράξης παροχής διευκρινίσεων του Διοικητή της αναθέτουσας που εκδόθηκε στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η οποία προκηρύχθηκε με τη Διακήρυξη με αριθμό ...για τη διενέργεια Ηλεκτρονικού Διεθνή Δημόσιου Ανοιχτού Διαγωνισμού για την προμήθεια ΟΡΘΟΠΕΔΙΚΟΥ ΥΛΙΚΟΥ (CPV ...), συνολικής εγκεκριμένης δαπάνης στο ΠΠΥΥ 2014 € 1.568.799,80 με Φ.Π.Α. και συνολικού προϋπολογισμού διακήρυξης € 1.568.780, 50 με Φ.Π.Α. για τις ανάγκες τόσο του Π.Γ.Ν. ... – Π.Γ. ... «...&...» Οργανική Μονάδα της Έδρας ...Πανεπιστημιακό Γενικό Νοσοκομείο όσο και του Π.Γ.Ν. – Γ.Ν. ... «...&...» Αποκεντρωμένη Οργανική Μονάδα ...& ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, με δικαίωμα παράτασης μέχρι την εξάντληση των ποσοτήτων αλλά όχι πέραν του ενός (1) έτους, με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 1.388.265,33 ευρώ που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 28-11-2017 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 1-12-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...και στο ΕΣΗΔΗΣ με

Αριθμός απόφασης: Α186/2018

συστημικό α/α ...την 1-12-2017. Με το συνημμένο στην προσφυγή του, αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων ζητά να ανασταλεί η εκτέλεση κάθε πράξης της αναθέτουσας που ερείδεται επί της ως άνω προσβαλλομένης, ως και η πρόοδος του διαγωνισμού ως και την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προσφυγής. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων που επισυνάπτεται στην από 16-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή, η οποία στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα με αρ. πρωτ. 17231/3-4-2018 πράξης του διοικητή της αναθέτουσας, με τίτλο «Παροχή διευκρινήσεων από τις συμμετέχουσες εταιρίες στο πλαίσιο του Ηλεκτρονικού Διεθνούς Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού (συστημικός αριθμός 48474) για την π ρ ο μ ή θ ε ι α «Ορθοπεδικού Υλικού» (CPV: ...) για τις ανάγκες τόσο του Π.Γ.Ν. ... – Γ.Ν. ... «...&...» Οργανική Μονάδα της Έδρας ... Πανεπιστημιακό Γενικό Νοσοκομείο όσο και του Π.Γ.Ν.Λ. – Γ.Ν.Λ. «...&...» Αποκεντρωμένη Οργανική Μονάδα ...& ... (αριθμός διακήρυξης 36/2017)», η οποία ορίζει ότι σε συνέχεια του με αρ. πρωτ. 16444/29.03.2018 εγγράφου της ομάδας εργασίας που ορίστηκε για την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού με αρ. Διακήρυξης ...για την προμήθεια «Ορθοπεδικού Υλικού» με θέμα «Παροχή διευκρινήσεων από τις συμμετέχουσες εταιρίες στο πλαίσιο της διακήρυξης 36/2017 προμήθεια Ορθοπαιδικού Υλικού», ζητήθηκε από τους μετέχοντες στον διαγωνισμό, ο χρόνος υποβολής προσφορών των οποίων έληξε ήδη από 15-1-2018 και πλέον η διαδικασία τελεί στο στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, να διαβεβαιώσουν ως και την 18-4-2018 εγγράφως την αναθέτουσα ότι για την προσφορά τους για τις αρθροπλαστικές δεσμεύονται για τα ακόλουθα “1. Απαιτείται 24ωρη κάλυψη από τεχνικό αντιπρόσωπο της εταιρείας καθώς και διάθεση τουλάχιστον 6 (έξι) εργαλειοσειρών από το μειοδότη. Η διάρθρωση των προγραμμάτων χειρουργείου και η κατανομή των αιθουσών στις δύο Ορθοπαιδικές Κλινικές (ΠΠΓΝ...και ΓΝ...) είναι τέτοια, ώστε δύο φορές την εβδομάδα λειτουργούν ταυτόχρονα τρεις (3) αίθουσες Ορθοπαιδικών επεμβάσεων στα δύο Νοσοκομεία. Η όποια εταιρεία λοιπόν επιλεγεί ως μειοδότη θα πρέπει να είναι σε θέση να καλύψει τις ανάγκες τριών αιθουσών ταυτόχρονα με τεχνικό αντιπρόσωπο, σετ εργαλείων και αναλώσιμα υλικά. Θα χρειαστεί με άλλα λόγια να διαθέσει τρεις αντιπροσώπους και έξι (6) τουλάχιστον

Αριθμός απόφασης: A186/2018

εργαλειοσειρές.” και επιπλέον για το ότι, κατά το γράμμα της πράξης “1. Βασική προϋπόθεση για τη χρήση των αρθροσκοπικών ειδών είναι η παροχή από το μειοδότη των συσκευών ενός (τουλάχιστον) πλήρους αρθροσκοπικού πύργου. Ειδικότερα για τη διενέργεια αρθροσκοπικών επεμβάσεων στο γόνατο και στον ώμο χρειαζόμαστε τα εξής:

I. Πλήρη αρθροσκοπικό πύργο που να περιέχει τις εξής συσκευές: Α) Αντλία διπλής ροής (Εισροής – Εκροής) που να ελέγχει η ίδια η συσκευή την εισαγωγή και εξαγωγή υγρών. Β) Διπολική διαθερμία (τύπου Serfas ή τύπου Vapor) για ευθέα και κεκαμμένα ηλεκτρόδια με αναρρόφηση Γ) Συσκευή και κάμερα υψηλής ανάλυσης Δ) Οθόνη υψηλής ανάλυσης Ε) Συσκευή γλυφανισμού (Shaver) και τη χειρολαβή που να δέχεται ευθέα και κεκαμμένα μαχαιρίδια ΣΤ) Πηγή ψυχρού φωτός με λυχνία Xenon Ζ) Καλώδιο ψυχρού φωτός Η) Οπτική 30 και 70 μοιρών με τα αντίστοιχα μανίκια (sheath). ΣΗΜΕΙΩΣΗ: Όταν υπάρχουν δύο ή τρία χειρουργεία την ίδια ημέρα θα πρέπει να προσκομίζονται οι αντίστοιχες μονάδες συσκευών διπλές ή τριπλές. II. Ειδικό κρεβάτι για επεμβάσεις ώμου που να προσαρμόζεται στα υπάρχοντα χειρουργικά κρεβάτια στις αίθουσες χειρουργείων μόνο για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου Λάρισας. III. Για τις επεμβάσεις ώμου, εργαλεία τύπου Tag”. Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση των άρ. 26 παρ. 5 Ν. 4412/2016, ως και της παρ. 2 του Παραρτήματος VIII του Προσαρτήματος Α' αυτού, αλλά και της αρχής που διέπει τις δημόσιες συμβάσεις ότι απαγορεύεται η μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού τροποποίηση των όρων διακήρυξης, η αναθέτουσα δια της προσβαλλομένης προέβη σε τροποποίηση των όρων αυτής μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού και την υποβολή προσφορών, ως και το άνοιγμα αυτών, θίγοντας τις αρχές διαφάνειας, ίσης μεταχείρισης και υγιούς ανταγωνισμού. Ότι η ως άνω πράξη, καταχρηστικά φέρουσα τον τίτλο περί παροχής διευκρινίσεων, χωρίς δε καμία οικεία πρόβλεψη της διακήρυξης, μετέβαλε και προσέθεσε νέες τεχνικές προδιαγραφές, αφού πουθενά δεν προβλεπόταν η δυνατότητα 24ωρης κάλυψης από τεχνικούς αντιπροσώπους ή η παροχή πύργων και ειδικών κρεβατιών ως συνοδού εξοπλισμού, τα οποία ζητώνται το πρώτον δια της προσβαλλομένης. Εξάλλου, αφενός οι διευκρινίσεις επί της διακήρυξης λαμβάνουν χώρα πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, αφετέρου η προκείμενη πράξη δεν συνιστά κλήση για παροχή διευκρινίσεων κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 αφού δεν αφορά έγγραφα και δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν από τους μετέχοντες, αλλά το πρώτον θέσπιση νέων προδιαγραφών και ζήτηση νέων εγγράφων, δεσμεύσεων και απόκρισης σε απαιτήσεις που δεν προβλέπονταν στη διακήρυξη. Προς τούτο, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της ως άνω προσβαλλομένης ως και των νέων όρων επί της διαδικασίας τους οποίους αυτή θέτει.

Αριθμός απόφασης: Α186/2018

2. Επειδή, (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 προκύπτουν τα εξής. Πρώτον, εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, δεύτερον, της διατύπωσης του όρου “κατάλληλα μέτρα” όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρίτον, της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παραβάσεως και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, του ότι το άρ. 366 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 αναφέρουν ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, συμπεραίνεται 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 οιουδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής.

3. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την ακόλουθη έννοια. Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη του μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά ως προς τα συμφέροντα οιουδήποτε τρίτου, συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων. Επομένως, όσον αφορά την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου (όπως κατ’ άρ. 372 παρ. 4 εδ. ι’ Ν. 4412/2016, και άρ. 5 παρ. 5 εδ. α’ του προϊσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ’ άρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και

Αριθμός απόφασης: Α186/2018

μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α62/2017). 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 απαράδεκτου 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 εμπλεκόμενων μερών ως δικαιολογητικό έρεισμα των προσωρινών μέτρων. 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. 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 δύνανται 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 συνεχίσεως 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

Αριθμός απόφασης: Α186/2018

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 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, 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 ασκήσεως του ή επί ορισμένων λόγων της προσφυγής ή ως προς την αναφορά ορισμένων ή και όλων των λόγων σε ανέλεγκτα ζητήματα σκοπιμότητας και όχι νομιμότητας, ήτοι σε ζητήματα που επαφίονται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, 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, απαραδέκτου τρόπου κατάθεσης, έλλειψης παραβόλου ή πλήρους αοριστίας) και δεν απαιτούν τη μεσολάβηση κάποιας ειδικής επιμέρους κρίσης και εκτεταμένης νομικής σκέψης.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία ...και ποσού ευρώ 6.941,33 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω τράπεζας ALPHA BANK της 13-4-2018, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Περαιτέρω, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί προμήθειας αγαθού, και του χρόνου αποστολής της

Αριθμός απόφασης: Α186/2018

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' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, επικαλούμενος χρόνος γνώσης εκ του προσφεύγοντος την 4-4-2018 και ημερομηνία άσκησης η πρώτη εργάσιμη ημέρα, ήτοι η 16-4-2018 από τη λήξη της οικείας προθεσμίας, η οποία, ήτοι η 14-4-2018, ήταν Σάββατο, βλ. ΔΕφΠατρ Ν39/2017), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' αρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπό. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής, αφού μετείχε στη διαδικασία και υπέβαλε σε αυτήν προσφορά και συνεπώς, προδήλως, θίγεται από την το πρώτον πλέον μεταβολή των όρων αυτής, διακινδυνευομένης της ισότιμης μεταχείρισής του έναντι των λοιπών μετεχόντων, ένεκα των νέων απαιτήσεων ως και της τροποποίησης του αντικειμένου της διαδικασίας που προκύπτει από την προσβαλλόμενη πράξη. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

5. Επειδή, περαιτέρω, κατά την ανωτέρω σκ. 3, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων βάλλει κατά της προσβαλλομένης με ισχυρισμούς, οι οποίοι δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης και επομένως απαιτούν καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου σε συνδυασμό με το αντικείμενο και περιεχόμενο της προσβαλλομένης. Αντιθέτως δε, εν προκειμένω πιθανολογείται η προσφυγή και ως προδήλως βάσιμη, δεδομένου ότι κατά προφανή τρόπο και με μόνη τη θεώρηση της προσβαλλομένης και την αντιπαραβολή της με τους όρους της διακήρυξης, προκύπτει η δια της προσβαλλομένης θέσπιση νέων όρων, απαιτήσεων και προδιαγραφών, ως και τροποποίηση της διακήρυξης, η οποία ουδόλως περιλαμβάνει όσα η προσβαλλομένη αναφέρει, και δη το πρώτον κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, συνθήκη η οποία προδήλως αντιβαίνει στις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, του αποτελεσματικού ανταγωνισμού ως και της αρχής της τυπικότητας που πρέπει να διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Επομένως, δεν πληρούνται οι όροι του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 38/2017 και συνεπώς δεν δύναται να αρθεί η αυτοδίκαιη εκ του νόμου αναστολή σύναψης σύμβασης, ενώ περαιτέρω χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του αρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

Αριθμός απόφασης: Α186/2018

6. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, η οποία στο στάδιο εξέτασης περί προσωρινών μέτρων ταυτίζεται εν τοις πράγμασι με το έννομο συμφέρον του για την αίτηση αναστολής, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη εκ της προόδου της διαδικασίας είναι πιθανή και οπωσδήποτε μη αμελητέα, καθώς η διατήρηση της προσβαλλομένης, θέτει ως προϋπόθεση για τη διατήρηση συμμετοχής του στον διαγωνισμό με πιθανότητα ανάδειξης του ως αναδόχου, την ανάληψη υποχρεώσεων οι οποίες δεν είχαν τεθεί δια της διακηρύξεως, ενώ τα εύλογα συμφέροντά του ως και η ίση μεταχείρισή του αυτονόητα διακινδυνεύονται από την τυχόν απόκριση στις απαιτήσεις της προσβαλλομένης λοιπών, πλην του ίδιου, μετεχόντων. Ούτως, εάν ο ίδιος δεν αναλάβει τις οικείες ζητούμενες από την προσβαλλομένη δεσμεύσεις ως και την 18-4-2018 θα αποκλειστεί από τον διαγωνισμό, ενώ αν τις αναλάβει, θα έχει εξαναγκαστεί σε τροποποίηση της τεχνικής προσφοράς του και του περιεχομένου αυτής, μετά την καταρχήν υποβολή της. Εξάλλου, η προσβαλλομένη δύναται να θίγει περισσότερους τυχόν μετέχοντες, οι οποίοι τυχόν είτε προς βλάβη τους και υπό τον κίνδυνο αποκλεισμού τους αναγκαστούν να συμμορφωθούν είτε δεν συμμορφωθούν και ούτως θα αποκλειστούν, με περαιτέρω εξάλλου αποτέλεσμα τη μείωση του ανταγωνισμού, προς βλάβη έτσι και των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και η προσβαλλομένη κριθεί ως μη νόμιμη, πλην όμως μετά την ανάληψη δεσμεύσεων από τους μετέχοντες ή τον αποκλεισμό αυτών που δεν θα τις αναλάβουν, αφενός οι πρώτοι θα έχουν αναλάβει άνευ σκοπού επιπλέον δεσμεύσεις, αφετέρου οι δεύτεροι θα έχουν υποστεί ανεπανόρθωτη βλάβη. Αν μάλιστα, αν η διαδικασία προχωρήσει και σε αποσφράγιση οικονομικών προσφορών και ούτως αξιολογηθούν τελικώς οι προσφορές και λάβει χώρα προσωρινή κατακύρωση υπέρ κάποιου, τυχόν ακύρωση της προσβαλλομένης που θα επιφέρει ακύρωση του θεμελίου κρίσης περί του παραδεκτού προσφοράς κάποιου προσφέροντος, 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 μη αποσφράγιση οικονομικής προσφοράς μετέχοντος που τελικώς κριθεί ως νομίμως μετέχων σε πρότερο διαγωνιστικό στάδιο 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

Αριθμός απόφασης: Α186/2018

της ίδιας της το πρώτον δια της προσβαλλομένης μεταβολής των όρων για το παραδεκτό των τεχνικών προσφορών. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 9/16-4-2018 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου για την 27-4-2018, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, 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. 2, 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, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα του σταδίου αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση ή κοινοποίηση οιασδήποτε νέας, συμπληρωματικής ή τροποποιητικής διευκρίνισης, κλήσης για διευκρινίσεις προσφοράς και εν γένει πράξης σχετιζόμενης με την προσβαλλομένη ως και 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 τεχνικών προσφορών και κάθε επόμενο στάδιο.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το Αίτημα Αναστολής να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Αίτηση Αναστολής.

Αριθμός απόφασης: Α186/2018

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας διατάσσοντας ειδικότερα την αναστολή του σταδίου αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, 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 πράξη ή ενέργειά τους περί την αξιολόγηση τεχνικών προσφορών, 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 περαιτέρω την αναθέτουσα, όπως απέχει από την έκδοση ή κοινοποίηση οιασδήποτε νέας, συμπληρωματικής ή τροποποιητικής διευκρίνισης, κλήσης για διευκρινίσεις προσφοράς και εν γένει πράξης ως και την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής.

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 αποφασίσθηκε στις 17-4-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ