



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΑΠΟΦΑΣΗ Α 20/2017

Το 6ο Κλιμάκιο της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής, την 23^η Οκτωβρίου 2017, κατόπιν της 30/2017 Πράξης Προέδρου του, παρουσία όλων των μελών του με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και Πουλοπούλου Αγγελική, μέλη.

Για να εξετάσει τη με αρ. πινακίου (1) της προκείμενης συνεδριάσεως, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 εισαγωγή προς εξέταση περί τυχόν λήψης μέτρων των άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 επί της από 16-10-2017 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 153/16-10-2017 και Ειδ. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. VI/25/16-10-2017 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία

αποτελούμενη από τις εταιρίες

_____ (εφεξής «προσφεύγων»)

κατά της Αναθέτουσας Αρχής «

(εφεξής «αναθέτουσα») και της Διακήρυξης Ηλεκτρονικός Ανοικτός Διαγωνισμός άνω των ορίων «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΚΤΙΡΙΩΝ» CPV:

πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής 2007-003, προϋπολογισμού 260.000 ευρώ συμπ/νου ΦΠΑ (209.677,42 ευρώ άνευ ΦΠΑ) (εφεξής «προσβαλλόμενη»). Η αναθέτουσα δεν έχει εισέτι προσκομίσει Απόψεις περί των Προσωρινών Μέτρων ή της Προσφυγής.

Ο Πρόεδρος και Εισηγητής προσκόμισε και παρουσίασε ενώπιον του Κλιμακίου την οικεία Εισήγησή του.

ΑΦΟΥ ΜΕΛΕΤΗΣΕ ΤΟΝ ΦΑΚΕΛΟ ΤΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΑΒΕ ΥΠΟΨΗ ΤΗΝ ΕΙΣΗΓΗΣΗ ΣΚΕΦΤΗΚΕ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟ

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 16-10-2017 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα διακήρυξης δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού ανάθεσης σύμβασης άνω των ορίων, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 21-9-2017 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 26-9-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 26-9-2017 με Συστημικό Α/Α 17000. Με την ως άνω Προσφυγή του ο προσφεύγων επικαλείται παρανομία των κριτηρίων αξιολόγησης προσφορών υπό Α1, Α2, Β1 και Β2, τα οποία χρησιμοποιούνται κατά τη διακήρυξη για τη βαθμολόγηση των προσφορών και τίθενται ούτως κατ' αυτήν ως κριτήρια ανάθεσης, επί τη βάσει ότι αποτελούν κατ' ορθή ερμηνεία του νόμου παραδεκτά κριτήρια επιλογής και όχι ανάθεσης, όπως και ότι ειδικότερα τα Α1 και Β2 είναι περαιτέρω και ασαφή, αιτείται την ακύρωση και τροποποίηση αυτών κατά τρόπο με τον

οποίο θα συμμορφώνονται με το άρ. 86 Ν. 4412/2016, ενώ επικουρικά ζητά ακύρωση του ίδιου του κριτηρίου ανάθεσης με βάση της συμφερότερης βάσει σχέσης ποιότητας/τιμής προσφοράς με την αντικατάστασή του από αυτό της συμφερότερης βάσει αποκλειστικά τιμής.

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 μνημονεύμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την "καταλληλότητά" τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρίτον, της παρ. 2 τόσο του άρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του άρ. 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 έχουν την ακόλουθη έννοια. Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, 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 ευρεία εννοία 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 ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς παραβάσης της διαδικασίας (όπως κατ' άρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά στον επανορθώσιμη βλάβης του προσφεύγοντος (όπως κατ' άρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά 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 άρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017. Σε αυτό το στάδιο, 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, κατέφαρμογή 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. Εξάλλου, η πιθανολόγηση ευδοκίμησης έστω και ενός λόγου της προσφυγής, αντιθέτως ως προς το προδήλως αβάσιμο, δεν συνιστά αναγκαίο στοιχείο για την κατάγνωση χορήγησης προσωρινών μέτρων στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, δύναται δε ανά περίπτωση να συνιστά απλώς ενισχυτικό στοιχείο ιδίως όταν η βασιμότητα της προσφυγής είναι πρόδηλη και προκύπτει εξ απλής θεωρήσεως της προσβαλλόμενης ή των απόψεων της διοίκησης σε αντιπαραβολή με τους λόγους της προσφυγής, και ούτως δεν χρειάζεται να διαλαμβάνει η οικεία περί προσωρινών μέτρων απόφαση σκέψεις ως προς το πιθανολογούμενο ή το προδήλως βάσιμο. 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.

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 169291941957 και ποσού ευρώ 1.300, όπως και την τυποποιημένη εκτύπωση εκ του ηλεκτρονικού συστήματος της Γ.Γ.Π.Σ. περί πληρωμής του παραβόλου της 12-10-2017, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει με το από 16-10-2017 απευθυνόμενο προς το 6ο Κλιμάκιο εσωτερικό έγγραφό της τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου. Περαιτέρω, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής 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 παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) (εν προκειμένω, προκύπτει τεκμαιρόμενος χρόνος πλήρους γνώσης η 6-10-2017 τον οποίο και ομοίως δηλώνει ο προσφεύγων), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποιήσε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από πληρεξούσιο δικηγόρο, νομιμοποιηθέντος δια της οικείας από 13-10-2017 ειδικής εξουσιοδότησης που παρασχέθηκε από τον νόμιμο αντιπρόσωπο του κατ' άρ. 6 του ίδ. συμφωνητικού ένωσης οικονομικών φορέων, υπεύθυνου για τη διοίκηση της ένωσης οικονομικό φορέα. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως

Προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως ένωση επιχειρήσεων δραστηριοποιούμενων στον εν γένει κλάδο που αφορά το αντικείμενο της επίμαχης διακήρυξης, συνιστά προδήλωση ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης συμβάσεως, ενώ αυτονόητα θίγεται από τους προσβαλλόμενους με την Προσφυγή του όρους της Διακήρυξης, διότι, όπως ο ίδιος μάλιστα δηλώνει, δεν τον πληροί, καθώς έτσι αποκλείεται από τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Το δε ζήτημα περί την έως σήμερα υποβολή ή μη προσφορά του για τον διαγωνισμό, παρότι εξάλλου ο προσφεύγων δηλώνει ότι θα υποβάλει προσφορά, δεν είναι ούτως ή άλλως κρίσιμο στοιχείο περί του ενεστώτος του εννόμου συμφέροντος, δεδομένου ότι ο καταληκτικός χρόνος υποβολής προσφορών στον διαγωνισμό έχει οριστεί για την 25-10-2017 και επομένως δεν έχει λήξει εισέτι. Εξάλλου, κατ' άρ. 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό όσον αφορά προσβολή διακήρυξης και όχι απλά έχει υποστεί, αλλά και ενδέχεται να υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη, πράγμα που στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης. Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον δεν απαιτείται να μνημονεύεται σε ειδικό κεφάλαιο της Προσφυγής ούτε οι τυχόν παραβιαζόμενες διατάξεις νόμου που θα αποτελέσουν τη μείζονα πρόταση του δικανικού συλλογισμού του Κλιμακίου να τυγχάνουν ρητής επίκλησης, αλλά συμφώνως και με την αρχή *jura novit curia*, αρκεί να προκύπτουν εκ του συνόλου του δικογράφου, ήτοι ακόμη και από τη συσχέτιση των λόγων ακύρωσης με τους προσβαλλόμενους όρους. Επιπλέον, κατ' αναλογία του άρ. 17 παρ. 1 ΠΔ 18/89 το οποίο εν προκειμένω, δεδομένου του χαρακτήρα της προσφυγής ως διοικητικής, θα πρέπει να εφαρμόζεται εισέτι ελαστικότερα υπέρ του συνόλου των διαδίκων, δεν απαιτείται ούτε να προσδιορίζεται ρητά, διακριτώς και αυτοτελώς το αιτητικό της προσφυγής σε ειδικό κεφάλαιο ή ακόμη ειδικότερο στο Μέρος 11 του τυποποιημένου εντύπου, του οποίου η χρήση τέθηκε προκειμένου να διευκολύνει και τα ειδικότερα Μέρη του προκειμένου να καθοδηγήσουν τους προσφεύγοντες και να διευκολυνθεί και η διαγνωστική διαδικασία και όχι για να τους αποκλείσουν από την προδικαστική προστασία (αναλόγως περί της παρέμβασης ή των απόψεων της διοίκησης), ήτοι δεν αποτελεί στοιχείο του παραδεκτού η μνεία, καίτοι εν προκειμένω λαμβάνει χώρα τέτοια μνεία, σε αυτοτελές κεφάλαιο του ειδικότερου αιτήματος ακύρωσης εν όλω ή εν μέρει κατ' ορισμένα κεφάλαια των προσβαλλόμενων πράξεων, οι οποίες αρκεί να μνημονεύονται (ΟΛΣΤΕ 1981/2005) μετά της σαφούς και ορισμένης διατύπωσης ενός αριθμού ακύρωσης (ΣΤΕ 2636/2009), οπουδήποτε εντός του δικογράφου, υπό την έστω λόγου ακύρωσης (ΣΤΕ 2636/2009), οπουδήποτε επιτρέπει στο εξετάζον Κλιμάκιο να συναγάγει το προϋπόθεση ότι το σύνολο του δικογράφου επιτρέπει στο εξετάζον Κλιμάκιο να συναγάγει το αντικείμενο της προσφυγής κατ' εκτίμηση και ερμηνεία του. Περαιτέρω, εν προκειμένω ναι μεν ο αντικείμενο της προσφυγής κατ' εκτίμηση και ερμηνεία του. Περαιτέρω, εν προκειμένω ναι μεν ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων επί τη βάσει της μη νομιμότητας και της ασάφειάς τους και δεν επικαλείται ρητώς ότι τα προσβαλλόμενα κριτήρια αξιολόγησης αφού η ίδια η μη νομιμότητα και ιδίως η ασάφεια κριτηρίων αξιολόγησης, αφενός καθιστά δυσχερή τη σύνταξη προσφοράς και αμφίβολο τον τρόπο αξιολόγησης της, άρα και προξενεί της διαφάνειας, άρα και του υγιούς ανταγωνισμού. Αφετέρου η ίδια η σύγχυση μεταξύ κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και ανάθεσης, επί της οποίας εξάλλου υφίσταται αναλυτική νομολογία,

ακριβώς επειδή κρίθηκε ως προϋπόθεση των ειδικότερων κρίσεων της νομολογίας αυτής το έννομο συμφέρον των προσφευγόντων, επιτείνει τη σύγχυση και των ίδιων των ενδιαφερομένων για συμμετοχή και την εκ μέρους τους ορθότητα της προσφοράς τους και επιπλέον, ενδέχεται να δημιουργήσει νέα προβλήματα στο στάδιο της αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, που θα καταλήξουν σε περαιτέρω αμφισβητήσεις, οι οποίες όμως ενδέχεται να ενέχουν έμμεση αμφισβήτηση των όρων της διακήρυξης, η οποία όμως λόγω της αυτοτέλειας των σταδίων του διαγωνισμού, θα πρέπει να προβληθεί στο στάδιο της διακήρυξης και θα είναι απαράδεκτη αν προβληθεί το πρώτον στο στάδιο της αξιολόγησης. Συνεπώς, ακριβώς για αυτόν τον λόγο ο προσφεύγων έχει πρόδηλο άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την προσβολή των επίμαχων κριτηρίων ήδη κατά το στάδιο της διακήρυξης. 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 αφενός σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων βάλλει κατά των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης 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. 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 άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

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 ολοκλήρωσης του σταδίου υποβολής προσφορών είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα, καθώς η διατήρηση των προσβαλλόμενων δια της προσφυγής του όρων, δεδομένου ότι ο προσφεύγων επικαλείται αντίθεσή τους στον νόμο και σύγχυση μεταξύ κριτηρίων ανάθεσης και ποιοτικής επιλογής, αλλά και ασάφεια των κριτηρίων A1 και B2, θα οδηγήσει αναπόφευκτα αν όχι σε αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό, σε κάθε περίπτωση, σε αμφισβήτηση περί της διαφάνειας και ισότητας στην αξιολόγηση των συμμετεχόντων, ενώ και η ίδια η εκ μέρους του υποβολή προσφοράς θα είναι δυσχερής, λόγω της εύλογης μη γνώσης του περί του αν συμμορφώνεται με τους όρους της διακήρυξης και του τρόπου με τον οποίο θα αξιολογηθεί. Ούτως, ακόμη και αν υποβάλει προσφορά, αυτή δεν είναι σαφές αν θα συμμορφώνεται με τη διακήρυξη και πως θα αξιολογηθεί και η υποβολή αυτή θα είναι δυνατό να πιθανολογηθεί ως δυσχερής ή και άσκοπη, με πρόδηλη οικονομική ζημία για τον προσφεύγοντα. Εξάλλου, οι προσβαλλόμενοι όροι δύνανται να θίγουν περισσότερους τυχόν ενδιαφερόμενους προς συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικούς φορείς, οι οποίοι ομοίως δεν διαθέτουν την απαιτούμενη άδεια και θα αποθαρρυνθούν από τη συμμετοχή τους, με περαιτέρω εξάλλου αποτέλεσμα τη μείωση του ανταγωνισμού, προς βλάβη έτσι και των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής. Επιπλέον, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι επίμαχοι όροι κριθούν ως μη νόμιμοι, πλην όμως μετά την περάτωση του σταδίου υποβολής ή και αξιολόγησης προσφορών, εκτός του ότι η ως άνω μείωση ή νόθευση του ανταγωνισμού βάσει μη νόμιμου όρου θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμους όρους, τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού, διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής μετά από περαιτέρω πρόοδό της και προώθηση σε επόμενα στάδια, θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους τυχόν συμμετέχοντες, ακόμη δε και για αυτούς που τυχόν πληρούν τους επίμαχους όρους, από την οποία εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του

σταδίου υποβολής προσφορών. Σημειωτέον δε, ότι επειδή εν προκειμένω προβάλλεται και ζήτημα ασάφειας συγκεκριμένων κριτηρίων αξιολόγησης, η τυχόν ακύρωσή τους θα επιφέρει ακυρότητα στην ίδια την αξιολόγηση και επομένως ο διαγωνισμός θα πρέπει να επαναληφθεί εξαρχής, αφού μεταβολή των ίδιων των κριτηρίων ανάθεσης μετά την ολοκλήρωση υποβολής προσφορών είναι ούτως ή άλλως μη νόμιμη. Συγχρόνως, η αμφιβολία περί της νομιμότητας και σαφήνειας των κριτηρίων ανάθεσης ενδέχεται να δημιουργήσει προβλήματα και αμφιβολίες τόσο στους μετέχοντες ως προς τη σύνταξη των ίδιων των προσφορών τους, όσο και στα όργανα αξιολόγησης της αναθέτουσας, τα συμφέροντα των οποίων θα εξασφαλιστούν με την αποσαφήνιση των κριτηρίων αυτών προ της ολοκλήρωσης των προσφορών. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 30/17-10-2017 Πράξεως του Προέδρου δου Κλιμακίου, για την 27-10-2017, ήτοι εντός λίαν συντόμου χρονικού διαστήματος και δη μόλις δύο ημέρες μετά τον αρχικώς ορισθέντα καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών, η οποία 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, τον παρεμβαίνοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η πρόοδος της διαδικασίας υποβολής προσφορών, η οποία πρόκειται να περατωθεί την 25-10-2017 ήτοι δύο ημέρες προ του χρόνου εξέτασης της προσφυγής, θα στερήσει πρακτικά και γένει κατά τα ως άνω θα ζημιώσει σημαντικά τόσο τον προσφεύγοντα, όσο και την αναθέτουσα αρχή, αλλά και τους έτερους τυχόν μετέχοντες και ευρύ κύκλο ενδιαφερόμενων τρίτων.

7. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνεύομενων ως άνω συμφέροντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα της περάτωσης της διαδικασίας υποβολής προσφορών. Το μέτρο αυτό ειδικότερα υλοποιείται με τη χορήγηση παράτασης στο στάδιο αυτό και δη του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας για τους τρίτους ενδιαφερόμενους, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας για ταχεία πρόδο διατάσσεται με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης παρατάσεως, αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής κατ' άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επειδή, με δεδομένο ότι ήδη δια της υπ' αρ. 30/17-10-2017 Πράξης Προέδρου Στ' Κλιμακίου ορίστηκε ως χρόνος εξέτασης της Προσφυγής η 27-10-2017, ήτοι ημέρα μόλις δύο ημέρες μετά τον καταρχήν χρόνο παράλληλα θα εξασφαλίσει στο Κλιμάκιο επαρκή χρόνο για την έκδοση επί της προσφυγής απόφασης και δη σε χρόνο κατά πολύ μικρότερο του αποκλειστικού εικοσαημέρου του άρ. 18 παρ. 3 ΠΔ 39/2017. Εξυπακούεται πως αφενός η παρούσα Απόφαση δεν επιβάλλει ρητή ημερομηνία καθορισμού του καταληκτικού χρόνου, αλλά αυτή μπορεί να τεθεί κατ' ελεύθερη κρίση και εκτίμηση της αναθέτουσας από την 7-11-2017 και έπειτα οποτεδήποτε, αφετέρου πως το διατασσόμενο δια της παρούσας προσωρινό μέτρο θα παύσει αυτοδίκαια κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017 δια της εκδόσεως αποφάσεως επί της προσφυγής οποτεδήποτε προ της ως άνω ορισθείσας δια της παρούσας ημερομηνίας. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα τότε, εφόσον η

προσφυγή γίνει έστω και εν μέρει δεκτή, οπότε και θα επιφέρει τροποποίηση της διακήρυξης θα οφείλει να χορηγήσει εύλογη (συνεκτιμώμενου τυχόν του υπολοίπου χρόνου που απομένει μεταξύ της εκδόσεως της απόφασης επί της προσφυγής και της παράτασης που θα έχει ήδη κατόπιν της παρούσας) παράταση, κατ' άρ. 60 παρ. 3 εδ. β' προκειμένου να ενημερωθεί το σύνολο του κοινού των ενδιαφερομένων το οποίο είναι ευρύτερο του προσφεύγοντος.

Επομένως, το Κλιμάκιο ομόφωνα δέχεται την Εισήγηση και

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

- Διατάσσει την Αναστολή της προόδου της Διαγωνιστικής Διαδικασίας και δη του σταδίου υποβολής προσφορών τουλάχιστον έως και την 6-11-2017, δια της επιβολής στην αναθέτουσα όπως παρατείνει τον χρόνο καταληκτικής υποβολής προσφορών μετά το πέρας της ανωτέρω ημέρας, υπό την επιφύλαξη έκδοσης απόφασης επί της Προσφυγής ενδιαμέσως.
- Διατάσσει την αναθέτουσα όπως άμεσα διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη γνομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω παρατάσεως και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη Πειραιώς, την 23η Οκτωβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Πρόεδρο και Εισηγητή και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Παραγγέλλεται ο Γραμματέας της Α.Ε.Π.Π. όπως, σύμφωνα με τα αρ. 11 και 19 ΠΔ 39/2017, παραχρήμα καταχωρίσει το διατακτικό της Απόφασης στο Βιβλίο Αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π., κοινοποιήσει την παρούσα Απόφαση στους ενδιαφερομένους, ήτοι τον προσφεύγοντα, την αναθέτουσα αρχή και τον παρεμβαίνοντα και προβεί σε κάθε περαιτέρω νόμιμη ενέργεια.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ