

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει αυτεπαγγέλτως το ζήτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 12-1-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/25/12-1-2018 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) 6/4/12-1-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «Υπουργείο Υγείας»

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αρ. 18/2017 Διακήρυξη με την οποία προκηρύχθηκε δημόσιος, ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την καταστροφή ληγμένων φαρμάκων με τη μέθοδο της αποτέφρωσης, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 196.774,19 ευρώ (CPV 90513300-9) και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 29-1-2018. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 12-1-2018 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα

Αριθμός Απόφασης: Α21/2018

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 18-12-2017 ενώ περαιτέρω δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 18-12-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002436600 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 19-12-2017 με συστημικό α/α 51260. Με την ως άνω Προσφυγή του ο προσφεύγων επικαλείται ως πρώτο λόγο αυτής το ότι η διακήρυξη είναι ασαφής ως προς το επιτρεπτό της δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 και ως προς τον ειδικότερο τρόπο και τις αναγκαίες διατυπώσεις, ως και τα έγγραφα και δικαιολογητικά που πρέπει να υποβάλει ο προσφέρων για την παραδεκτή τυχόν επίκλησή τέτοιας στήριξης, καίτοι ο προσφεύγων έχει πρόθεση να στηριχθεί εν προκειμένω σε ικανότητες τέτοιου τρίτου οικονομικού φορέα. Προβάλλει δε ως δεύτερο λόγο την παρανομία του άρ. 11 της Διακήρυξης και του άρ. 20 του Υποδείγματος Προσχεδίου Σύμβασης-Παράρτημα Β της Διακήρυξης με τα οποία θεσπίζεται υποχρέωση ανεπιφύλακτης και πλήρους αποδοχής των όρων της διακήρυξης ως και δηλώσεως τούτου υπευθύνως, προσβάλλει δε τους παραπάνω όρους καθ' ο μέρος έχουν την έννοια ότι δεν επιτρέπουν τη συμμετοχή οικονομικών φορέων που ενώ υποβάλλουν προδικαστική προσφυγή και τα περαιτέρω ένδικα βοηθήματα, υποβάλλουν με την προσφορά τους σχετική επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα των οικείων προσβληθέντων όρων.

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

Αριθμός Απόφασης: Α21/2018

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 οιοδήποτε 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 οιοδήποτε 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 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

Αριθμός Απόφασης: Α21/2018

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 εμπλεκομένων 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 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 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

Αριθμός Απόφασης: Α21/2018

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 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, σκοπεύει 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 18469505895803120088 και ποσού ευρώ 985,00 ευρώ, όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω της AlphaBank της 11-1-2018 και την τυποποιημένη εκτύπωση εκ του ηλεκτρονικού συστήματος της Γ.Γ.Π.Σ. περί πληρωμής του παραβόλου, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει με τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου. Περαιτέρω, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου αποστολής για δημοσίευση αυτής στην ΕΕΕΕ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV 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. Επιπλέον, η Προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) . Εν προκειμένω, ο προσφεύγων δηλώνει στην προσφυγή του ως πραγματικό χρόνο γνώσης την 11-1-2018, πλην όμως κατά την προηγούμενη διάταξη του Ν. 4412/2016 ως απώτατο σημείο εκκίνησης της προθεσμίας άσκησης προσφυγής κατά διακήρυξης

Αριθμός Απόφασης: Α21/2018

τίθεται αυτό της παραγωγής τεκμηρίου γνώσης, το οποίο συντρέχει με την ολοκλήρωση 15 ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, του νόμου μάλιστα μη διακρίνοντος μεταξύ διαδικασιών με εκτιμώμενη αξία άνω ή κάτω των ορίων. Επομένως, το τεκμήριο πλήρους γνώσης εν προκειμένω παρήχθη την 2-1-2108 (χρόνος δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ την 18-12-2017), η δε προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής άρχισε την επόμενη του αφετηρίου της προθεσμίας γεγονότος (το οποίο έλαβε χώρα την 2-1-2018), ημέρα, δηλαδή την 3-1-2018 (η οποία ημέρα προσμετράται στη δεκαήμερη προθεσμία) και συνεπώς, η ασκηθείσα την 12-1-2018 προσφυγή ασκήθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας. Ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπο και διευθύνοντα σύμβουλο του νομικού του προσώπου. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της ως Προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στον εν γένει κλάδο που αφορά το αντικείμενο της επίμαχης διακήρυξης, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης συμβάσεως, ενώ αυτονόητα θίγεται τουλάχιστον από ορισμένους από τους προσβαλλόμενους με την Προσφυγή του όρους της Διακήρυξης, διότι, όπως ο ίδιος μάλιστα δηλώνει, ειδικώς όσον αφορά τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, προτίθεται να επικαλεστεί στήριξη σε ικανότητα τρίτου οικονομικού φορέα, πλην όμως η επικαλούμενη από αυτόν οικεία ασάφεια της διακήρυξης καθιστά την ορθή εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ως και την επίκληση και απόδειξη αυτής της ικανότητας ιδιαίτερος δυσχερή, ενώ συγχρόνως θέτει και σε αμφιβολία την ίδια τη δυνατότητά του να μετέχει στον διαγωνισμό με τέτοια στήριξη, ενώ, δεδομένου ότι όπως ο ίδιος δηλώνει δεν πληροί τα θεσπισθέντα κριτήρια ποιοτικής επιλογής περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, η παραπάνω ασάφεια καθιστά αμφίβολη και την ίδια τη λυσιτελή συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Ο δεύτερος εξάλλου, λόγος συνέχεται με τον πρώτο, αφού αφορά τη δυνατότητα του προσφεύγοντος να μετάσχει στον διαγωνισμό με επιφύλαξη ως προς την παραπάνω επικαλούμενη από αυτόν ασάφεια που επικαλείται με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, ενώ η όποια επικαλούμενη σχετική αμφιβολία περί δυνατότητας συμμετοχής με επιφύλαξη

Αριθμός Απόφασης: Α21/2018

περί τη νομιμότητα συγκεκριμένου όρου προσβληθέντος με προδικαστική προσφυγή ή και περαιτέρω ένδικα βοηθήματα προσωρινής και οριστικής δικαστικής προστασίας, αντιστοίχως καθιστά αμφίβολη τη λυσιτελή συμμετοχή του στον διαγωνισμό ως και ιδιαίτερα δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς και των οικείων συνοδευτικών της εγγράφων. Εξάλλου, το επιμέρους παραδεκτό και έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος επί εκάστου αυτοτελούς λόγου της προσφυγής του δεν χρειάζεται να διακριβωθεί ως προϋπόθεση του μη προδήλως απαραδέκτου κατά το παρόν στάδιο εξέτασης της αιτήσεως αναστολής του, παρά αρκεί, όπως προεκτέθηκε παραπάνω στη σκ. 3, να μην υφίσταται πρόδηλος και ευχερώς εντοπίσιμος και αιτιολογούμενος λόγος εκ του οποίου προκύπτει πως η προσφυγή του είναι εν όλω απαράδεκτη. 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, θα οδηγήσει αναπόφευκτα είτε σε αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό, είτε, σε κάθε περίπτωση, σε αμφισβήτηση περί της διαφάνειας και ισότητας στην αξιολόγηση των

Αριθμός Απόφασης: Α21/2018

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 το παραδεκτό της συμμετοχής. Ούτως, ακόμη και αν υποβάλει προσφορά και ακόμη και αν πληρούσε τους όρους της διακήρυξης, δεν είναι σαφές αν η προσφορά του 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 πληρούν κάποια κριτήρια ποιοτικής επιλογής και προτίθενται, αν είναι δυνατόν και επιτρεπτό, να μετέχουν με στήριξη σε ικανότητες τρίτου φορέα, πλην όμως, λόγω της οικείας ασάφειας που επικαλείται με τον πρώτο λόγο του ο προσφεύγων, 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, 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 μόνοι τους τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής χωρίς στήριξη σε τρίτο οικονομικό φορέα, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών. Συγχρόνως, η αμφιβολία περί της νομιμότητας και σαφήνειας των όρων της διακήρυξης 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 προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης προ της

Αριθμός Απόφασης: Α21/2018

ολοκλήρωσης του χρόνου υποβολής των προσφορών.

7. Επειδή όμως, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 5/12-1-2018 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου, για την 15-1-2018, ήτοι εντός λίαν συντόμου χρονικού διαστήματος και συγκεκριμένα 3 ημέρες μετά την άσκηση της προσφυγής και 14 ημέρες πριν τον αρχικώς ορισθέντα καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών (29-1-2018 κατά τη διακήρυξη), δεν παρίσταται ως πιθανή η συνδρομή βλάβης ή κινδύνου εις βάρος του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας και των τρίτων ενδιαφερομένων από την ενδιάμεση πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, πιθανολογείται δε αντιθέτως ότι η Απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής θα έχει εκδοθεί σε χρόνο πριν την ολοκλήρωση της προθεσμίας υποβολής προσφορών. Ούτως δεν προκύπτει αναγκαιότητα περί διαταγής αναστολής προόδου της διαδικασίας, αφού το υπολειπόμενο διάστημα μεταξύ εξέτασης της προσφυγής και ολοκλήρωσης του χρόνου υποβολής προσφορών επαρκεί ούτως ή άλλως για την εκ μέρους του Κλιμακίου, μετά την εξέταση της υπόθεσης, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, η δε μη χορήγηση προσωρινού μέτρου κρίνεται ως μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα, τον προσφεύγοντα ή τρίτους. Εξάλλου, το Κλιμάκιο διαθέτει αποκλειστική προθεσμία για την έκδοσή της είκοσι (20) ημερών από την εξέταση της προσφυγής, κατ' άρθ. 18 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, δηλαδή εν προκειμένω έως και την 2-2-2018 (καθώς είναι η τελευταία εργάσιμη ημέρα προ της λήξης του εικοσαημέρου), η δε μη χορήγηση αναστολής δεν θα στερήσει πρακτικά και προκαταβολικά τον προσφεύγοντα από την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αιτούμενη προστασία ούτε θα καταστήσει αλυστιτελή και άνευ αντικειμένου την κρίση της τελευταίας επί της προσφυγής και εν γένει κατά τα ως άνω δεν θα ζημιώσει σημαντικά τον προσφεύγοντα, την αναθέτουσα αρχή ή τους έτερους τυχόν μετέχοντες ή τυχόν ευρύ κύκλο ενδιαφερόμενων τρίτων.

8. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε της ανυπαρξίας ειδικότερου αιτήματος αναστολής του προσφεύγοντος, το οποίο εν προκειμένω δεν δεσμεύει το Κλιμάκιο και την αυτεπάγγελτη προς διαταγή και διαμόρφωση του καταλλήλου προσωρινού μέτρου αρμοδιότητα κατά τα

Αριθμός Απόφασης: Α21/2018

αναφερθέντα παραπάνω στη σκ. 2, κοινού των ενδιαφερομένων το οποίο είναι ευρύτερο του προσφεύγοντος, το εξεταζόμενο αυτεπαγγέλτως ζήτημα περί τυχόν ανάγκης χορήγησης αναστολής ή έτερου προσωρινού μέτρου πρέπει να κριθεί αρνητικά.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αποφαίνεται τη μη αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12-1-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ