

Η

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

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και  
Αγγελική Πουλουπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων κατόπιν της από  
18-1-2018 προδικαστικής προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -  
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/42/18-1-2018 και Ειδικό  
Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) 6/7/18-1-2018 της εταιρίας με την επωνυμία «  
.....», νόμιμα  
εκπροσωπούμενης.

Κατά του .....  
(αναθέτουσας αρχής) και της με αρ. διακήρυξης ..... (ΠΠΥΥ 2015)  
διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την  
«ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΟΞΥΓΟΝΟΥ ΕΩΣ ΤΟΥ ΠΟΣΟΥ ΤΩΝ 120.000€ συμπ/νου  
ΦΠΑ».

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκει ο προσφεύγων αναθεωρηθεί  
η προσβαλλόμενη διακήρυξη και να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία μέχρι  
την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής  
προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής  
κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο  
παραβόλο (σχ. το με στοιχεία ..... ειδικό έντυπο  
παραβόλου), ποσού 600,00 €, παραδεκτά δε ασκείται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. διακήρυξη (ΠΠΥΥ 2015) προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για έως του ποσού των 120.000€ συμπ/νου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει τιμής, διάρκειας 12 μηνών, CPV 24111900-4. Η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ τη 2-1-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 3-1-2018 με συστημικό α/α και ορίζει χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού την 25-1-2018.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα παρίσταται ως έχουσα άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά της ως εταιρία εμπορίας υγρού ιατρικού οξυγόνου που κατέχει τη σχετική άδεια κυκλοφορίας χορηγηθείσα από τον ΕΟΦ συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενη προς ανάθεση σε αυτή της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ αυτονόητα ευνοείται από ενδεχόμενο αποκλεισμό υποψηφίων που δεν διαθέτουν την εν λόγω άδεια κυκλοφορίας.

4. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη είναι μη νόμιμη διότι: α) δεν προβλέπεται σε αυτήν οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό να διαθέτουν άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ κατά παράβαση του άρθρου 75 παρ. 1, 4 και 5 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τα άρθρα 2 και 7 παρ. 1 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013, καθώς και του άρθρου 6 παρ. 1 της οδηγίας 2001/83/ΕΚ και β) αντίκειται στην αρχή της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων η αντιμετώπιση των οικονομικών φορέων που διαθέτουν όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά με τον ίδιο τρόπο και το ίδιο κριτήριο (χαμηλότερη τιμή) με τους φορείς που δεν διαθέτουν τα απαιτούμενα από την κείμενη νομοθεσία δικαιολογητικά για τη νόμιμη κυκλοφορία των φαρμάκων. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

5. Επειδή, μέχρι και σήμερα η αναθέτουσα αρχή δεν έχει καταθέσει απόψεις επί της τυχόν λήψης προσωρινών μέτρων.

6. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας 10/2018 Πράξης του Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν

ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής.

7. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη: **α)** εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, **β)** 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, **γ)** της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου 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”, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων των προσφευγόντων 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 εν προκειμένω), 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, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

8. Επομένως, όσον αφορά στην 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 ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης της προσφεύγουσας, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ’ εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ’ αρ. 25 παρ. 1

Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα 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.

**9.** Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

**10.** Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμες αποφάσεις διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους λοιπούς συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών.

**11.** Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της 10/2018 Πράξεως του Προέδρου βου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 30-1-2018, ενώ χρόνος διενέργειας του διαγωνισμού έχει οριστεί η 25-1-2018, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους.

**12.** Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της διενέργειας του διαγωνισμού έως και την 16<sup>η</sup> Φεβρουαρίου 2018. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής

**Αριθμός απόφασης: Α 34/2018**

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 πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης παρατάσεως, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη το στάδιο διενέργειας του διαγωνισμού έως και την 16<sup>η</sup> Φεβρουαρίου 2018.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23-1-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**



**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ**

