

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Αυγούστου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής,  
Πηνελόπη Ταμανίδη, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 9-8-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γεν. Αρ.  
Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1002/12-8-2019 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού  
Φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 30-7-2019, Απόφασης ΔΣ της αναθέτουσας της 16ης/18-7-2019 (Θέμα 31ο) καθ' ο μέρος και κατ' επικύρωση των οικείων πρακτικών Επιτροπής Διαγωνισμού, έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» και ανέδειξε αυτόν προσωρινό ανάδοχο του τμήματος 1 «.....», επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας του τμήματος 145.161,29 ευρώ, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης με διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια 2 ....., με αθροιστική εκτιμώμενη αξία 241.935,48 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. 8670/15-3-2019 και με αρ. ....διακήρυξη, η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 15-3-2019 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... την 18-5-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ..... και ..... για το τμήμα 1 και το τμήμα 2 αντίστοιχα την 18-3-2019. Με το συνημμένο στην προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται

την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. ...., ποσού 730,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Η δε παρούσα εξέταση ερείδεται επί αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, που επισυνάπτεται στην από 9-8-2019 εμπροθέσμως ασκούμενη (κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. α' Ν.4412/2016) προσφυγή κατά της από 30-7-2019 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου στο τμήμα 1 στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, η οποία λόγω του ποσού της εκτιμώμενης αξίας της και του χρόνου αποστολής της προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, υπάγεται στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Ο δε προσφεύγων που κατέστη αποδεκτός δια της προσβαλλομένης, πλην όμως κατετάγη στο επίδικο τμήμα δεύτερος μειοδότης μετά τον νυν προσωρινό ανάδοχο, μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά της αποδοχής του τελευταίου, προβάλλοντας έξι λόγους. Με τον πρώτο λόγο προβάλλει ότι ο νυν προσωρινός ανάδοχος δεν πληροί την προδιαγραφή 3.β περί δυνατότητας συνεχούς και παλμικής ακτινοσκόπησης, με τον δεύτερο λόγο ότι δεν πληροί την προδιαγραφή 7 περί διαφραγμάτων ίριδας, με τον τρίτο λόγο ότι δεν πληροί την προδιαγραφή 1 και 13 διότι αναφέρει στοιχεία που δεν επιβεβαιώνονται από τα τεχνικά φυλλάδια που υπέβαλε με την προσφορά του, με τον τέταρτο λόγο ότι δεν πληροί την προδιαγραφή 6 διότι δεν τεκμηριώνει την τιμή θερμοαπαγωγής και τον αναφερόμενο από αυτόν χρόνο λειτουργίας σε 300 και

400 W, με τον πέμπτο λόγο ότι παραβιάζει την προδιαγραφή 20 διότι δεν τεκμηριώνει τα διαθέσιμα ανατομικά προγράμματα που προσφέρει και με τον έκτο λόγο ότι παραβιάζει την προδιαγραφή 23 διότι δεν διαθέτει σύστημα ψύξης που εξασφαλίζει τη ζητούμενη χωρίς διακοπή λειτουργία του μηχανήματος ούτε δηλώνει δυνατότητα λειτουργίας χωρίς διακοπή λόγω υπερθέρμανσης.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόνπαρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει 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. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 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) εμπλεκομένων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται 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, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο

μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από το προσωρινό μέτρο και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

3. Επειδή, από όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 1 δεν προκύπτει λόγος απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της προσφυγής, το δε περαιτέρω βάσιμο ή αβάσιμο αυτής χρήζει ενδελεχούς εξέτασης μετά συνεκτίμησης των τυχόν λοιπών εγγράφων της διαδικασίας, τυχόν ασκηθεισομένης παρέμβασης και των όποιων Απόψεων της αναθέτουσας, άρα χρήζει αναλυτικής εξέτασης και κατ' αποτέλεσμα δεν δύναται τέτοια εξέταση να λάβει χώρα κατά το παρόν στάδιο της προσωρινής προστασίας, όπου εξετάζονται μόνο ζητήματα πρόδηλων λόγων απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου. Συνεπεία δε, όσων αναφέρθηκαν στη σκ. 1 και σε συνδυασμό με τα μνημονευθέντα στη σκ. 2, η προσφυγή δεν προκύπτει, τουλάχιστον όσον αφορά το αντικείμενο, σκοπό, περιεχόμενο και χαρακτήρα της (προσομοιάζουσας με προσωρινή διαταγή επί δικαστικής προσωρινής προστασίας) διαδικασίας προσωρινών μέτρων ενώπιον της ΑΕΠΠ, ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη και ούτως, δεν χωρεί άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του προσωρινού αναδόχου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και

οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19 και Α101/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας αποδοχής του προσωρινού αναδόχου στο στάδιο ήδη των τεχνικών προσφορών, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, άρα και κρίση του παρανόμου της αποδοχής της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης στον τελευταίο, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους της τελευταίας και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της συμμετοχής στο στάδιο τεχνικών και κατ' αποτέλεσμα και οικονομικών προσφορών του νυν προσωρινού αναδόχου, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή θα ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. ή και θα ανακληθεί από την αναθέτουσα. Υπενθυμίζεται δε ότι σε περίπτωση οριστικοποίησης της κατακύρωσης, ναι μεν η Α.Ε.Π.Π. δεν εμποδίζεται να προβεί σε ακύρωση αυτής, ο δε προσφεύγων να την προσβάλει, πλην όμως ο ακυρωθείς οριστικός ανάδοχος ενδέχεται να αποκτήσει πιθανά αγωγικά δικαιώματα αποκλειστικά κατά της ίδιας της αναθέτουσας, καθώς σε τέτοια περίπτωση θα έχει προβεί σε αφέρωση πόρων και πιθανώς απώλεια επιχειρηματικών ευκαιριών προς τον σκοπό και με την εύλογη προσδοκία της υπό σύναψη συμβάσεώς του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η

προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1261/2019 Πράξεως Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 26-8-2019, αλλά και του αποκλειστικού διαστήματος στο οποίο η εξέταση μπορεί να λάβει χώρα κατ' άρ. 365 παρ. 4 και 8 Ν. 4412/2016, ήτοι εντός 40 ημερών από την άσκηση της προσφυγής, σε κάθε περίπτωση και ακόμη και αν αναβληθεί ή ματαιωθεί η ως άνω εξέταση, 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 αρχή, στον νυν προσωρινό ανάδοχο, τον προσφεύγοντα 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. Σε κάθε περίπτωση, η εν προκειμένω χορήγηση προσωρινού μέτρου ανασταλτικού χαρακτήρα, η οποία, δεδομένων των παραπάνω, θα καλύπτει το διάστημα από την έκδοση της παρούσας έως και την έκδοση απόφασης, παρίσταται ως σκόπιμη, προεχόντως προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων της αναθέτουσας, ιδίως δε από ακούσια πρόκληση ζημίας στην ίδια ή τον προσωρινό ανάδοχο από τυχόν κατακύρωση, η οποία πιθανόν να καταστεί μη νόμιμη δια της ακυρώσεως των προσβαλλόμενων πράξεων.

5. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 2 έχει και αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων. Ούτως, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί των προσφυγών, αναστολή προόδου

της διαγωνιστικής διαδικασίας στο τμήμα 1 που αφορά η προσφυγή, ήτοι η αναστολή του σταδίου συλλογής δικαιολογητικών κατακύρωσης και οριστικής κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση ή ανάκληση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης πρακτικού, έκδοσης πράξης για προσκόμιση δικαιολογητικών ή αξιολόγηση ή έγκριση αυτών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής οιασδήποτε εκ της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της αποδοχής του νυν προσωρινού αναδόχου, πράξεις θα καταστούν μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α95/2017).

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Αίτηση Λήψης Προσωρινών Μέτρων και να διαταχθούν Προσωρινά Μέτρα με το περιεχόμενο που αναφέρεται στην αμέσως προηγούμενη σκέψη.

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του σταδίου κατακύρωσης, ως και της διαδικασίας προσκόμισης-παραλαβής από την προσωρινή ανάδοχο, αξιολόγησης και έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής και δη αποκλειστικά επί του τμήματος 1 της διαδικασίας.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή και όλα τα σχετιζόμενα με τη διαγωνιστική διαδικασία όργανα αυτού, όπως άμεσα ανακαλέσουν και ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη

συνεδρίαση, απόφαση και εν γένει ενέργειά τους περί τη συλλογή από τον ανά τμήμα που αφορά η προσφυγή προσωρινή ανάδοχο και την αξιολόγηση δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού και έκδοση πράξης οριστικής κατακύρωσης και ανακήρυξης οριστικού αναδόχου και δη αποκλειστικά επί του τμήματος 1 της διαδικασίας.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως άμεσα διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω παρατάσεως και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, καθώς και όπως ενημερώσει πάραυτα την προσωρινή ανάδοχο για την αναστολή που δια της παρούσας χορηγήθηκε ως προς τη διαδικασία οριστικής κατακύρωσης σε αυτήν και ως προς την υποχρέωση της για προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13-8-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ    ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝ/ΝΟΣ**