

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 14-12-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1342/17-12-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....».

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση κατά το προσβαλλόμενο μέρος της με αρ..... διακήρυξης της σύμβασης με αντικείμενο την για την κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την προαναφερθείσα με αρ. διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διεθνή διαγωνισμό, για την ανάθεση της σύμβασης «.....», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής, με CPV

Αριθμός απόφασης: Α 555/2018

συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 2.018.214,92 €, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, διάρκειας ενός (1) έτους και με δικαίωμα για άσκηση προαίρεσης-παράτασης της/των σύμβασης/ων για τρεις (3) επιπλέον μήνες, με τους ίδιους όρους και τιμές και υπό την προϋπόθεση ότι δεν θα σημειωθεί υπέρβαση τόσο της συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας της διακήρυξης ή/και της προϋπολογισθείσας αξίας ενός εκάστους τμήματος αυτής όσο και των αναγραφόμενων στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης ποσοτήτων. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έχει ορισθεί η 24-12-2018 και ώρα 15.00. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε πέντε (5) Τμήματα, ήτοι: α) Αντιδραστήρια Ανοσολογικού Εργαστηρίου, β) Αντιδραστήρια Εργαστηρίου Ελέγχου Ειδικών Λοιμώξεων, γ) Αντιδραστήρια Μοριακής Βιολογίας, δ) Αντιδραστήρια Ιστοσυμβατότητας και ε) Αντιδραστήρια Κυτταρομετρίας. Οι υποψήφιοι δύνανται να υποβάλλουν προσφορά για όλες τις εργαστηριακές κατηγορίες/ομάδες των αντιδραστηρίων ή για μέρος αυτών, για όλα ή μέρος των τμημάτων τους, υποχρεωτικά για το σύνολο των εξετάσεων/ειδών από τα οποία αποτελείται κάθε τμήμα (συστημικός διαγωνισμός). Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 20-11-2018, δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και στο ΕΣΗΔΗΣ με α/α

3. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων επικαλείται τα εξής: Στις τεχνικές προδιαγραφές του συνοδού εξοπλισμού για τα αντιδραστήρια για μοριακή τυποποίηση HLA αντιγόνων υψηλής ανάλυσης με τη μέθοδο αλληλούχισης νέας γενιάς (NGS) [α/α 32], όπως αυτές διαλαμβάνονται στις σελ. 116επ. της διακήρυξης, και κατ' επέκταση και στις τεχνικές προδιαγραφές των ίδιων των αντιδραστηρίων, περιέχονται ορισμένες προδιαγραφές που, κατά τον προσφεύγοντα, θέτουν αδικαιολόγητα και δυσανάλογα αθέμιτους φραγμούς στη δημιουργία συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού, περιγράφοντας μία μόνον συγκεκριμένη μέθοδο, άλλως τεχνολογία ή «αποδεδειγμένη χημεία», άλλως εμπορική ονομασία ή ευρεσιτεχνία. Ειδικότερα, περιγράφουν, κατά τον προσφεύγοντα, ν αθέμιτα και «φωτογραφικά» τα τεχνικά χαρακτηριστικά, τη μεθοδολογία και τις ευρεσιτεχνίες που χρησιμοποιούνται για την κατασκευή συγκεκριμένου μηχανήματος του κατασκευαστικού οίκου, του οποίου αποκλειστικός διανομέας στην ελληνική επικράτεια είναι η εταιρία, ήτοι το μοντέλο (ή άλλο τη ίδιας οικογένειας

Αριθμός απόφασης: Α 555/2018

του κατασκευαστικού Οίκου). Με άλλα λόγια, έτσι όπως είναι διατυπωμένες οι κατωτέρω αναλυτικά εξεταζόμενες προδιαγραφές, τόσο αυτοτελώς όσο και συνδυαστικά, κατά τον προσφεύγοντα, μόνον το συγκεκριμένο μηχάνημα του συγκεκριμένου κατασκευαστικού οίκου τις πληροί, παρά το γεγονός ότι υφίστανται ισοδύναμες μεθοδολογίες, τεχνολογίες και ευρεσιτεχνίες που δύνανται να επιφέρουν το ίδιο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Ο προσφεύγων επιθυμεί να προσφέρει αντίστοιχο μηχάνημα του κατασκευαστικού οίκου, του οποίου είναι αποκλειστική διανομέας, το οποίο χρησιμοποιεί διαφορετική μεν, ισοδύναμη δε, τεχνολογία και μεθοδολογία και το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα μπορεί να επιτευχθεί κάλλιστα και με το σύστημα που επιθυμεί να προσφέρει, ήτοι το μοντέλο Επίσης στην υπ' αριθμ. 3 τεχνική προδιαγραφή του ζητούμενου αναλυτή με α/α 32 (βλ. σελ. 116 της διακήρυξης) αναφέρεται ότι: «...Θα αξιολογηθεί ιδιαίτερα εάν ο αναλυτής δίνει τη δυνατότητα να ολοκληρώνεται η όλη διαδικασία σε ένα μόνο όργανο, δηλαδή να μην απαιτείται συμπληρωματικός εξοπλισμός για να ολοκληρωθεί η ενίσχυση του δείγματος (*cluster amplification*) προς αλληλούχιση, καθώς η πρωτογενής ανάλυση των αποτελεσμάτων της αλληλούχισης. Να αναφερθεί το πρωτόκολλο της κλωνικής ενίσχυσης, της αλληλούχισης και της ανάλυσης, από την βιβλιοθήκη ως τα αρχεία FASTQ...». Εντούτοις, ιδίως η φράση «... να ολοκληρώνεται η διαδικασία [της αλληλούχισης] σε ένα μόνο όργανο...» φωτονοαφίζει τεχνολογία, άλλως ευρεσιτεχνία, άλλως μεθοδολογικό χαρακτηριστικό που απαντά αποκλειστικά και μόνον στον εξοπλισμό του κατασκευαστικού οίκου Ο αναλυτής του κατασκευαστικού οίκου, που ο προσφεύγων δηλώνει ότι επιθυμεί να προσφέρει, χρησιμοποιεί την τεχνολογία ION TORRENT με το διαχωρισμό των σταδίων κλωνικής ενίσχυσης και αλληλούχισης σε δύο διαφορετικά όργανα, πράγμα που δίνει τη δυνατότητα στο χρήστη να κάνει κλωνική ενίσχυση δειγμάτων την ίδια στιγμή που πραγματοποιείται αλληλούχιση άλλων. Κατ' αυτόν τον τρόπο μειώνεται ο χρόνος έκδοσης του αποτελέσματος. Με άλλα λόγια το αποτέλεσμα είναι ακριβώς το ίδιο. Στη μία περίπτωση χρησιμοποιείται ένα όργανο, στην άλλη περίπτωση δύο όργανα και είναι συντομότερη η διαδικασία έκδοσης του αποτελέσματος. Άρα, κατά τον προσφεύγοντα, δεν συντρέχει λόγος «αποκλεισμού» της προσφοράς της άλλης τεχνολογίας, που επιθυμεί

Αριθμός απόφασης: Α 555/2018

να προσφέρει, υφίσταται. Τέλος, η αναφορά σε ποιοτική αξιολόγηση της πλήρωσης της εν λόγω προδιαγραφής δεν επιδρά στην ακυρότητα αυτής, καθότι αφενός σφάλλει ως προς την υπέρτερη αξιολόγηση αυτού του χαρακτηριστικού (διότι όπως προεκτέθηκε είναι ουσιώδες ότι η χρήση δύο οργάνων οδηγεί σε συντομότερη έκδοση αποτελέσματος), αφετέρου συνδυαστικά με τις κατωτέρω αναφερόμενες προδιαγραφές «επιτρέπει» μόνον σε έναν αναλυτή, ήτοι αυτόν του κατασκευαστικού οίκου, να συμμετάσχει στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Κατόπιν, στην υπ' αριθμ. 6 τεχνική προδιαγραφή (βλ. σελ. 116 της διακήρυξης) ζητείται «...*Να πραγματοποιείται αλληλούχηση δύο κατευθύνσεων (paired end sequencing) στο ίδιο όργανο σε κάθε εκτέλεση (run), προκειμένου να διασφαλιστεί η αλληλούχηση και των δύο ακραίων τμημάτων του κάθε κομματιού DNA σε εφαρμογές μελέτης περιοχών που περιέχουν επαναλαμβανόμενες αλληλουχίες, ή ανακατατάξεις, όπως ελλείψεις (deletions), προσθήκες (insertions), ή αναστροφές (inversions). Να αναφερυεί το πρωτόκολλο...*». Η χρήση του όρου paired end sequencing αποτελεί τεχνολογία, μέθοδο, ευρεσιτεχνία που χρησιμοποιείται αποκλειστικά και μόνον από τον αναλυτή του κατασκευαστικού οίκου Ουδείς άλλος μπορεί να υποβάλει προσφορά που να πληροί τον εν λόγω όρο. Η διατύπωση αυτή, ωστόσο, αδικαιολόγητα, αθέμιτα και δυσανάλογα, κατά τον προσφεύγοντα, θέτει φραγμούς στη δημιουργία συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού, καθόσον τούτος εμποδίζεται να προσφέρει τον αναλυτή του κατασκευαστικού οίκου, ο οποίος χρησιμοποιεί την τεχνολογία ION TORRENT. Ειδικότερα, μέσω της τεχνολογίας αυτής εξασφαλίζεται η αλληλούχηση μεγάλων κομματιών DNA (600 βάσεων), καθώς και των ακραίων τμημάτων τους. Ακριβώς επειδή γίνεται αλληλούχηση μεγάλων κομματιών DNA η ίδια τεχνολογία χρησιμοποιείται σε εφαρμογές μελέτης περιοχών που περιέχουν επαναλαμβανόμενες αλληλουχίες, ή ανακατατάξεις, όπως ελλείψεις (deletions), προσθήκες (insertions), ή αναστροφές (inversions). Αυτό αποδεικνύεται, κατά τον προσφεύγοντα, από το φυλλάδιο που επισυνάπτει, όπου καθίσταται σαφής η ικανότητα της τεχνολογίας ION TORRENT να πετύχει τα ζητούμενα αποτελέσματα. Πρόκειται, με άλλα λόγια, για μη νόμιμο φωτογραφικό όρο, άλλως για κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά τη διατύπωση της κρινόμενης προδιαγραφής,

Αριθμός απόφασης: Α 555/2018

καθόσον ο αναλυτής που επιθυμεί ο προσφεύγων να προσφέρει επιτυχάνει ακριβώς το ίδιο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα με τη χρήση άλλη τεχνολογίας, μεθόδου, ευρεσιτεχνίας, απολύτως ισοδύναμης με αυτήν που χρησιμοποιείται στον αναλυτή που φωτογραφίζεται από τη διακήρυξη με τη χρήση του «εμπορικού» όρου «*paired end sequencing*», ο οποίος ρητά μάλιστα στο επισυναπτόμενο φυλλάδιο του εν λόγω οίκου (όπως δημοσιεύεται στην επίσημη ιστοσελίδα του) αναφέρεται ως «κατοχυρωμένος» - «πατενταρισμένος». Κατόπιν, στην υπ' αριθμ. 7 τεχνική προδιαγραφή (βλ. σελ. 117 της διακήρυξης) ζητείται ο προσφερόμενος αναλυτής «...*Να στηρίζεται στην αποδεδειγμένη χημεία Sequencing-By- Synthesis (SBS), η οποία εξασφαλίζει τη μέγιστη δυνατή ακρίβεια και αποφυγή σφαλμάτων σε περιοχές DNA με ομοπολυμερή...*». Η χρήση του όρου *Sequencing-By-Synthesis (SBS)* αποτελεί τεχνολογία, μέθοδο, ευρεσιτεχνία που χρησιμοποιείται αποκλειστικά και μόνον από τον αναλυτή του κατασκευαστικού οίκου Ουδείς άλλος μπορεί να υποβάλει προσφορά που να πληροί τον εν λόγω όρο. Η διατύπωση αυτή, ωστόσο, αδικαιολόγητα αθέμιτα και δυσανάλογα θέτει φραγμούς στη δημιουργία συνθηκών υγιούς ανταγωνισμού, κατά τον προσφεύγοντα, καθόσον τούτος εμποδίζεται να προσφέρει τον αναλυτή του κατασκευαστικού οίκου, ο οποίος χρησιμοποιεί την τεχνολογία ION TORRENT. Με βάση το φυλλάδιο του άνω κατασκευαστικού οίκου, ο επιδιωκόμενος στόχος για αποφυγή σφαλμάτων σε περιοχές DNA με ομοπολυμερή επιτυγχάνεται και από την τεχνολογία ION TORRENT με τη χρήση σύγχρονης βελτιστοποιημένης χημείας. Πρόκειται, με άλλα λόγια, για μη νόμιμο φωτογραφικό όρο, άλλως για κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά τη διατύπωση της κρινόμενης προδιαγραφής, καθόσον ο αναλυτής που επιθυμεί να προσφέρει επιτυχάνει ακριβώς το ίδιο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα με τη χρήση άλλη τεχνολογίας, μεθόδου, ευρεσιτεχνίας, απολύτως ισοδύναμης με αυτήν που χρησιμοποιείται στον αναλυτή που φωτογραφίζεται από τη διακήρυξη με τη χρήση του «εμπορικού» όρου «*Sequencing-By-Synthesis (SBS)*». Αυτό ευθέως προκύπτει, κατά τον προσφεύγοντα, και από τα δημοσιευμένα στον επίσημο ιστότοπο κατασκευαστικού οίκου φυλλάδια, όπου ρητώς γίνεται λόγος ότι αυτή η τεχνολογία είναι «αποκλειστικότητα» της Κατόπιν, στην υπ'

Αριθμός απόφασης: A 555/2018

αρίθμ. 10 τεχνική προδιαγραφή (βλ. σελ. 117 της διακήρυξης) ζητείται ο προσφερόμενος αναλυτής: «... Να εξασφαλίζει αποτελέσματα υψηλής ποιότητας και ακρίβειας: Q-score (η πιθανότητα η βάση που διαβάζεται να είναι σωστή, *base calling performance*) να είναι τουλάχιστον (*minimum*) 30 για το >80% των βάσεων των αλληλουχιών συνολικού μήκους μέχρι 300 βάσεων, ώστε να αποφεύγονται λανθασμένα αποτελέσματα και επαναλήψεις...». Ωστόσο, αξιολογήσεις στην κλίμακα με την ονομασία Q-score έχει μόνον ο αναλυτής του κατασκευαστικού οίκου Η αποφυγή λανθασμένων αποτελεσμάτων και επαναλήψεων για την πλειονότητα των βάσεων των αλληλουχιών τμημάτων συνολικού μήκους από 200 έως 600 βάσεις στην ισοδύναμη τεχνολογία ION TORRENT, την οποία χρησιμοποιεί ο αναλυτής που επιθυμεί να προσφέρει η εταιρία μας, του κατασκευαστικού οίκου, επιβεβαιώνεται με τη μέθοδο μέτρησης ακρίβειας της αλληλούχισης, Aligned Quality, μέσω της αντιστοίχισης των διαβασμάτων με αλληλουχία αναφοράς. Επομένως, η αναφορά στην κλίμακα Q-score ανενδοίαστα φωτογραφίζει τον αναλυτή του οίκου, ενώ σε κάθε περίπτωση πρόκειται για κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά τη διατύπωση της κρινόμενης προδιαγραφής, καθόσον ο αναλυτής που επιθυμεί να προσφέρει επιτυγχάνει ακριβώς το ίδιο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα με τη χρήση άλλη τεχνολογίας, μεθόδου, ευρεσιτεχνίας, απολύτως ισοδύναμης με αυτήν που χρησιμοποιείται στον αναλυτή που φωτογραφίζεται από τη διακήρυξη. Κατόπιν, στην υπ' αριθμ. 11 τεχνική προδιαγραφή (βλ. σελ. 117 της διακήρυξης) ζητείται «...Το πλήθος υψηλής ποιότητας αναγνώσεων ανά ανάλυση (*high quality reads per run*) να είναι κατά μέσον όρο 50 εκατομμύρια σε αλληλουχήσεις διπλής κατεύθυνσης (*paired end sequencing*). Να αναφερθεί η μέγιστη τιμή ώστε να αξιολογηθεί...». Η εν λόγω προδιαγραφή, ωστόσο, ιδιαίτερα όπως διατυπώνεται με την επεξηγηματική παρένθεση [*paired end sequencing*], φωτογραφίζει και πάλι τον αναλυτή του οίκου, αφού μόνον αυτός χρησιμοποιεί την τεχνολογία - μέθοδο των αλληλουχίσεων διπλής κατεύθυνσης (*paired end sequencing*). Στη τεχνολογία ION TORRENT, το πλήθος υψηλής ποιότητας αναγνώσεων ανά ανάλυση είναι από 3 εκατομμύρια σε αλληλουχήσεις μέχρι 130 εκατομμύρια, με βάση το φυλλάδιο του κατασκευαστικού οίκου Σε κάθε περίπτωση

Αριθμός απόφασης: Α 555/2018

πρόκειται, κατά τον προσφεύγοντα, για κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά τη διατύπωση της κρινόμενης προδιαγραφής, καθόσον ο αναλυτής που επιθυμεί να προσφέρει επιτυχάνει ακριβώς το ίδιο επιδιωκόμενο αποτέλεσμα με τη χρήση άλλη τεχνολογίας, μεθόδου, ευρεσιτεχνίας, απολύτως ισοδύναμης με αυτήν που χρησιμοποιείται στον αναλυτή που φωτογραφίζεται από τη διακήρυξη. Τα ίδια ως άνω ισχύουν ακριβώς και για την υπ' αριθμ. 14 προδιαγραφή των αντιδραστηρίων που πρόκειται να χρησιμοποιηθούν στον επίμαχο αναλυτή (βλ. σελ. 121 της διακήρυξης), όπου ζητείται: «...*Η τεχνολογία του kit προετοιμασίας βιβλιοθηκών, καθώς και της τεχνολογίας αλληλούχησης (συνολική διαγνωστική διαδικασία) να υποστηρίζει αλληλούχηση διπλής κατεύθυνσης (paired-end sequencing) για την εξασφάλιση υψηλής ποιότητας αποτελεσμάτων και την αποφυγή σφαλμάτων...*». Τα αντιδραστήρια που χρησιμοποιούν αυτήν την τεχνολογία αφορούν μόνο και μπορούν να χρησιμοποιηθούν μόνον στο φωτογραφιζόμενο αναλυτή του οίκου, αφού, όπως προεκτέθηκε, μόνον αυτός χρησιμοποιεί την τεχνολογία - μέθοδο των αλληλουχίσεων διπλής κατεύθυνσης (paired end sequencing). Σε κάθε περίπτωση, οι προσβαλλόμενες από τον προσφεύγοντα προδιαγραφές είναι, κατ' αυτόν, μη νόμιμες και ακυρωτές, καθ' ότι μη νόμιμα περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που χαρακτηρίζει τα προϊόντα του κατασκευαστικού οίκου, τα οποία ο ίδιος διαφημίζει ως κατοχυρωμένες - πατενταρισμένες τεχνολογίες, δίχως να συνοδεύεται από τη φράση «ή ισοδύναμο». Προς απόδειξη δε της ουσιαστικής βασιμότητας των άνω λόγων, ο προσφεύγων επισυνάπτει φυλλάδια των κατασκευαστικών οίκων και για τον ανωτέρω αναφερόμενο εξοπλισμό, αποσπασματικά νομίμως μεταφρασμένα στην ελληνική γλώσσα κατά το ενδιαφέρον μέρος τους.

4. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 2.000,00 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του, καθ' ότι η προσφυγή στρέφεται κατά συγκεκριμένου τμήματος της προσβαλλόμενης διακήρυξης και δη του Τμήματος με το οποίο ζητούνται

Αριθμός απόφασης: Α 555/2018

αντιδραστήρια για μοριακή τυποποίηση HLA αντιγόνων υψηλής ανάλυσης με τη μέθοδο αλληλούχησης νέας γενιάς (NGS) με ταυτόχρονη παροχή συνοδού εξοπλισμού (Αντιδραστήρια Μοριακής Βιολογίας - Τμήμα Γ.Ε) με συστημικό αριθμό 66497, συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, ύψους 400.000€ (πλέον Φ.Π.Α.), εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

5. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως διανομέα του κατασκευαστικού οίκου, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν, μεταξύ άλλων, του ως άνω Τμήματος της συγκεκριμένης σύμβασης, με το οποίο ζητούνται αντιδραστήρια για μοριακή τυποποίηση HLA αντιγόνων υψηλής ανάλυσης με τη μέθοδο αλληλούχησης νέας γενιάς (NGS) με ταυτόχρονη παροχή συνοδού εξοπλισμού (Αντιδραστήρια Μοριακής Βιολογίας - Τμήμα Γ.Ε), με συστημικό αριθμό, ο οποίος όμως, κατά τους ισχυρισμούς του, δυσχεραίνεται να υποβάλλει συμμετοχή και κινδυνεύει να απορριφθεί η υποβληθησόμενη προσφορά του εξαιτίας των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

6. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

7. 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 υπ' αρ.1770/19-12-2018 Πράξης της Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής.

8. 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

Αριθμός απόφασης: Α 555/2018

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.

9. 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.

10. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης.

Αριθμός απόφασης: Α 555/2018

Εξάλλου η ζημία του προσφεύγοντος από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

11. 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 νόμιμους όρους 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.

12. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της 409/2018 Πράξεως της Προέδρου 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 9-1-2019, 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.

13. 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 έως και την 29^η Ιανουαρίου 2019, δια της επιβολής στην αναθέτουσα αρχή όπως παρατείνει τον χρόνο καταληκτικής υποβολής προσφορών τουλάχιστον έως και το πέρας της ανωτέρω ημέρας. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής 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 αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της

Αριθμός απόφασης: Α 555/2018

χορηγούμενης παρατάσεως, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την 29^η Ιανουαρίου 2019, δια της επιβολής στην αναθέτουσα αρχή όπως παρατείνει τον χρόνο καταληκτικής υποβολής προσφορών τουλάχιστον έως και το πέρας της ανωτέρω ημέρας, υπό την επιφύλαξη έκδοσης απόφασης επί της προσφυγής ενδιαμέσως, οπότε αίρεται αυτοδίκαια οποιοδήποτε προσωρινό μέτρο.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή 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 20-12-2018 και εκδόθηκε την 21-12-2018.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ ΚΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΙΑ ΜΑΝΩΛΟΓΛΟΥ