

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 16-2-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/161/16-2-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΡΕΘΥΜΝΟΥ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να τροποποιηθούν οι τεχνικές προδιαγραφές της με αρ. πρωτ. 1008/30.1.2018 Διακήρυξης Δημόσιου Ηλεκτρονικού Ανοικτού κάτω των ορίων (τακτικού) διαγωνισμού για την προμήθεια «Ιατρικά αέρια» (CPV 24111500-0) προϋπολογισμού 91.951,95€ (ενενήντα μία χιλιάδες εννιακόσια πενήντα ένα ευρώ και ενενήντα πέντε λεπτά) & Δεξαμενές αερίου (CPV 44612200-5) προϋπολογισμού 699,36€(εξακόσια ενενήντα εννέα ευρώ και τριάντα έξι λεπτών), για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου Ρέθυμνου, για ένα (1) έτος, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και να αρθούν παραλείψεις συμπερίληψης όρων. Με το ειδικότερο αίτημα προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνει στην προσφυγή του, ο προσφεύγων ζητά να ανασταλεί η διαδικασία έως και την έκδοση Απόφαση από την ΑΕΠΠ. Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 16-2-2018 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα Διακήρυξης για Ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό κάτω των ορίων για την προμήθεια προϊόντος, εκτιμώμενης άνευ

Αριθμός απόφασης: Α77/2018

ΦΠΑ συνολικής αξίας 74.718,80 ευρώ, που δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 30-1-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 18PROC002601839 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 31-1-2018 με συστημικό α/α 52069 και περί της οποίας ο προσφεύγων δηλώνει γνώση την 8-2-2018. Δια της ως άνω προσφυγής του ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του αιτιάται ότι τα υπό προμήθεια ιατρικά αέρια, ήτοι αέριο ιατρικό οξυγόνο, υγρό ιατρικό οξυγόνο, πρωτοξειδίο του αζώτου και διοξειδίο του άνθρακα έχουν την ιδιότητα του φαρμάκου και ως εκ τούτου βάσει της ΚΥΑ ΔΥΓ3α/ΓΠ32221/29.4.2013 διατίθενται στην αγορά μόνο με άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ. Ο δε ΕΟΦ ναι μεν εξέδωσε την από 10-2-2017 ανακοίνωσή του κατά την οποία «χορηγείται εύλογος χρόνος συμμόρφωσης των εταιρειών που διαθέτουν ήδη άδεια δυνατότητας παραγωγής, αλλά όχι και άδεια κυκλοφορίας, ο οποίος ορίζεται έως την 30-6-2018. Μετά την ημερομηνία αυτή, δεν θα δύναται να κυκλοφορήσει ιατρικό αέριο χωρίς άδεια κυκλοφορίας», όμως η ανακοίνωση αυτή, αφενός δεν τροποποιεί τις κανονιστικού χαρακτήρα διατάξεις της παραπάνω ΚΥΑ, αφετέρου ο ίδιος ο ΕΟΦ στο με αρ. πρωτ. 22154/16.3.2017 έγγραφό του αναφέρει, ότι εναπόκειται στις αναθέτουσες αρχές αν θα κάνουν χρήση της ευχέρειας αυτής κατά τις διαγωνιστικές διαδικασίες. Όμως, η αναθέτουσα, εν προκειμένω, παρέλειψε να συμπεριλάβει, προς συμμόρφωση με την ως άνω ΚΥΑ, την απαίτηση προσκόμισης άδειας κυκλοφορίας ΕΟΦ, ως ελάχιστη νόμιμη προϋπόθεση για το παραδεκτό της προσφοράς. Εξάλλου, κατά τον προσφεύγοντα, η αναθέτουσα ακόμη και αν σκοπούσε στη χρήση της ως άνω ευχέρειας που της παρείχε το από 10-2-2017 έγγραφο του ΕΟΦ, όφειλε να ζητήσει τουλάχιστον προσκόμιση άδειας παραγωγής. Περαιτέρω, ο διαγωνισμός θα ολοκληρωθεί ή σε κάθε περίπτωση μεγάλο μέρος της σύμβασης θα εκτελεστεί μετά την 30-6-2018, οπότε ο τυχόν ανάδοχος θα πρέπει να έχει έως τότε αποκτήσει ούτως ή άλλως άδεια κυκλοφορίας. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα παρέλειψε να θεσπίσει όρο περί μεταφοράς των υπό παράδοση αγαθών με ειδικά πλοία για επικίνδυνα φορτία και διευκρίνιση εκ μέρους των προσφερόντων περί του τρόπου με τον οποίο θα διασφαλίζεται απρόσκοπτη και αδιάλειπτη προμήθεια των αερίων σε περίπτωση απαγόρευσης απόπλου, όρος που όμως είχε περιληφθεί στη Διακήρυξη 1269/2016 της 7^{ης} ΥΠΕ και κάθε επόμενη διακήρυξη των νοσοκομείων που υπάγονται σε αυτή (72/2016 ΠΑΓΝΗ-BENIZEΛΕΙΟ, 8830/2017 ΓΝ ΡΕΘΥΜΝΟΥ), καθώς η 7^η ΥΠΕ ως υπερκείμενη αρχή είναι αυτή που καθορίζει τις τεχνικές προδιαγραφές των αναθετουσών που υπάγονται σε αυτήν. Κατά τον προσφεύγοντα όμως, η παράλειψη του παραπάνω όρου στην προκείμενη διακήρυξη θίγει τον υγιή ανταγωνισμό και την αρχή της ισότητας, διότι οι προσφέροντες που επιθυμούν να υποβάλουν προσφορά στον επίδικο

Αριθμός απόφασης: Α77/2018

διαγωνισμό, σε συνδυασμό με τη συμμετοχή τους σε άλλους διαγωνισμούς της 7^{ης} ΥΠΕ που διενεργούνται ή θα διενεργηθούν παράλληλα, όπως όσον αφορά τον με αρ. 1123/2018 διαγωνισμό του ΓΝ Άγιος Νικόλαος με καταληκτική ημερομηνία προσφορών την 5.3.2018, αναλαμβάνουν έξοδα και επενδύσεις, όπως τη δημιουργία και διατήρηση κατάλληλων αποθηκευτικών χώρων στην Κρήτη, με αποτέλεσμα να βρίσκονται σε δυσχερέστερη θέση με όσους θα επιλέξουν να προσφέρουν μόνο στον προκείμενο διαγωνισμό που δεν περιλαμβάνει τέτοιο όρο και έτσι, κατά τον προσφεύγοντα, προσβάλλεται η ισότιμη μεταχείρισή τους. Για τους παραπάνω λόγους, ο προσφεύγων ζητά να τροποποιηθεί η διακήρυξη, όσον αφορά τον πρώτο λόγο, με την εισαγωγή διαζευκτικής απαίτησης για άδεια κυκλοφορίας ή για άδεια παραγωγής μετά δηλώσεως των προσφερόντων, στη δεύτερη επιλογή, ότι θα λάβουν έως την 30-6-2018 άδεια κυκλοφορίας από τον ΕΟΦ και θα προσκομίσουν αυτήν την 1-7-2018 στην αναθέτουσα. Όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, να συμπεριληφθεί όρος κατά τον οποίο η μεταφορά του αερίου θα πρέπει να λάβει χώρα με ειδικά πλοία που μεταφέρουν επικίνδυνα φορτία, να διευκρινίζεται και να τεκμηριώνεται από τον προμηθευτή πως θα διασφαλίσει απρόσκοπτη και αδιάλειπτη προμήθεια σε περίπτωση απαγόρευσης απόπλου, η δε επιτροπή διαγωνισμού θα κρίνει περί της επάρκειας της σχετικής τεκμηρίωσης.

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 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.

Αριθμός απόφασης: Α77/2018

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 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 απαραδέκτου 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 εμπλεκόμενων 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

Αριθμός απόφασης: Α77/2018

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 άλλων 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, κατ'εφαρμογή 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 (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, 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 άλλους ενδιαφερομένους δια της ακάθεκτης προόδου ενός διαγωνισμού, ο οποίος κινδυνεύει να ακυρωθεί εξ'υπαρχής. Συνεπώς, ακόμη και όταν από το καταρχήν περιεχόμενο του δικογράφου καταλείπεται μια καταρχήν αμφιβολία ως προς το αν συντρέχουν επιμέρους στοιχεία του παραδεκτού του (όχι όμως και βεβαιότητα περί της μη συνδρομής τους), όπως το έννομο συμφέρον επί της εν γένει ασκήσεώς του ή επί ορισμένων λόγων της προσφυγής ή ως προς την αναφορά ορισμένων ή και όλων των λόγων σε ανέλεγκτα ζητήματα σκοπιμότητας και όχι νομιμότητας, ήτοι σε ζητήματα που

Αριθμός απόφασης: Α77/2018

επαφίονται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, τότε οι ως άνω κανόνες περί αφενός συνδρομής όχι πιθανολογούμενου παραδεκτού/βασίμου αλλά μη προδήλως απαραδέκτου/αβασίμου για την εφαρμογή του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, αφετέρου πρόληψης της αθροιστικής επαπειλούμενης βλάβης κατά όλων των ενδιαφερόμενων μερών, επιτάσσουν τη χορήγηση ανασταλτικής φύσης προσωρινών μέτρων, εφόσον πάντως δεν εντοπίζονται αυταπόδεικτοι λόγοι απόρριψης που συνάγονται ευθέως εκ των οικείων κανόνων άνευ χρείας ερμηνείας και επιστάμενου νομικού ελέγχου για την οικεία υπαγωγή (όπως επί παραδείγματι σε περίπτωση εκπροθέσμου άσκησης, απαραδέκτου τρόπου κατάθεσης, έλλειψης παραβόλου ή πλήρους αοριστίας) και δεν απαιτούν τη μεσολάβηση κάποιας ειδικής επιμέρους κρίσης και εκτεταμένης νομικής σκέψης.

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 19017281795804100059 και ποσού ευρώ 600,00 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Τραπέζης Πειραιώς της 9-2-2018, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Περαιτέρω, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής στο ΚΗΜΔΗΣ 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, παραγόμενο τεκμήριο γνώσης την 15^η ημέρα από την από 30-1-2018 δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι μετά την 8-2-2018 που δηλώνει ο προσφεύγων ως χρόνο γνώσης εντός του εντύπου της προσφυγής του, η δε προσφυγή ασκήθηκε την όγδοη, από τη δηλούμενη γνώση της προσβαλλομένης ημέρα, ήτοι 16-2-2018), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον ίδιο τον προσφεύγοντα ως φυσικό πρόσωπο. Ο δε Προσφεύγων παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής, αφού ως επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στον οικείο κλάδο έχει πρόδηλο ενδιαφέρον να μετάσχει στον προκειμένο διαγωνισμό, οι δε όροι που προσβάλλει, όπως επικαλείται, πλήττουν την ισότιμη μεταχείρισή του. Εξάλλου, κατά τα αναφερθέντα στη σκ. 3, ούτε η οριστική κρίση περί του παραδεκτού και του εννόμου συμφέροντος επί της όλης προσφυγής, υφίσταται λόγος να εξαχθεί ούτε το επιμέρους παραδεκτό και έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος επί εκάστου αυτοτελούς λόγου της προσφυγής του χρειάζεται να διακριβωθεί ως προϋπόθεση του μη προδήλως απαραδέκτου κατά το

Αριθμός απόφασης: Α77/2018

παρόν στάδιο εξέτασης της αιτήσεως αναστολής του. Παρά στο παρόν στάδιο 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 άνευ ετέρου 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 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 σε συνδυασμό με το αντικείμενο των προσβαλλόμενων όρων. 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 αρ. 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 πιθανή και οπωσδήποτε μη αμελητέα, καθώς η διατήρηση των προσβαλλόμενων δια της προσφυγής του όρων, δεδομένου ότι ο προσφεύγων επικαλείται αντίθεσή τους στον νόμο και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού, θα οδηγήσει αναπόφευκτα είτε σε συμμετοχή του υπό δυσμενείς συνθήκες είτε, σε κάθε περίπτωση, σε αμφισβήτηση περί της διαφάνειας και ισότητας στην αξιολόγηση των συμμετεχόντων. Ούτως, ακόμη και αν υποβάλει προσφορά δεν είναι σαφές πως θα αξιολογηθεί η προσφορά του 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 δύναται να θίγουν περισσότερους τυχόν ενδιαφερόμενους προς συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικούς φορείς, οι οποίοι τυχόν 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 παραλείψεως νόμιμου όρου θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το

Αριθμός απόφασης: Α77/2018

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 όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών. Συγχρόνως, η αμφιβολία περί της νομιμότητας και σαφήνειας των όρων και απαιτήσεων συμμετοχής του διαγωνισμού 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 200/2018 Πράξεως του Προέδρου 6ου Κλιμακίου, για την 26-2-2018, ήτοι εντός λίαν συντόμου χρονικού διαστήματος και δη μόλις τέσσερις (4) ημέρες μετά τον αρχικώς ορισθέντα καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών (22-2-2018 κατά τη διακήρυξη), η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας για διάστημα που θα επαρκεί για την εκ μέρους του Κλιμακίου, μετά την εξέταση της υπόθεσης, 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 22-2-2018 ήτοι τέσσερις (4) ημέρες πριν τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής, εάν έως τότε δεν έχει εκδοθεί απόφαση από το Κλιμάκιο, το οποίο εξάλλου διαθέτει αποκλειστική προθεσμία για την έκδοσή της είκοσι (20) ημερών κατ'άρ. 18 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, θα στερήσει πρακτικά και προκαταβολικά τον προσφεύγοντα από την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αιτούμενη προστασία, θα καταστήσει αλυσιπιτελή και άνευ αντικειμένου την κρίση της τελευταίας επί της προσφυγής και εν 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, ασχέτως δε της ύπαρξης τυχόν ειδικότερου αιτήματος αναστολής του προσφεύγοντος και του περιεχομένου του, το οποίο εν προκειμένω δεν δεσμεύει το Κλιμάκιο και την αυτεπάγγελτη προς το πρώτον διαταγή και διαμόρφωση του καταλλήλου προσωρινού μέτρου αρμοδιότητα κατά τα αναφερθέντα παραπάνω στη σκ. 2, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω

Αριθμός απόφασης: Α77/2018

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 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'άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επειδή, με δεδομένο ότι ήδη δια της υπ'αρ. 200/2018 Πράξης Προέδρου 6^{ου} Κλιμακίου ορίστηκε ως χρόνος εξέτασης της Προσφυγής η 26-2-2018, ήτοι ημέρα μόλις τέσσερις ημέρες μετά τον καταρχήν χρόνο καταληκτικής υποβολής προσφορών σύμφωνα με τη Διακήρυξη, προκύπτει ότι το διάστημα των επτά (7) ημερών από την εξέταση της προσφυγής, ήτοι έως και την 5-3-2018, συνιστά κατά τα ως άνω εύλογο διάστημα παράτασης του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, ενώ παράλληλα θα εξασφαλίσει στο Κλιμάκιο επαρκή χρόνο για την έκδοση επί της προσφυγής απόφασης και δη σε χρόνο κατά πολύ μικρότερο του αποκλειστικού εικοσαήμερου του αρ. 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 6-3-2018 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.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το Αίτημα Αναστολής να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αριθμός απόφασης: Α77/2018

Δέχεται την Αίτηση Αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη διατάσσει την παράταση της κατάληξης του σταδίου υποβολής προσφορών για το διάστημα έως και το πέρας της 5ης Μαρτίου 2018.

Διατάσσει την αναθέτουσα 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 20-2-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ