

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλουπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 4-11-2017 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/312/5-12-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/52/5-12-2017 της εταιρίας με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΤΕΙ ΣΤΕΡΕΑΣ ΕΛΛΑΔΟΣ» και της με αρ. πρωτ. 6646/15-11-2017 Διακήρυξης Ηλεκτρονικού διεθνή ανοικτού διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει κριτηρίων για την ανάδειξη αναδόχου στην σίτιση των φοιτητών του ΤΕΙ Στερεάς Ελλάδας στη Λαμία, στα Ψαχνά, στην Άμφισσα, στη Θήβα και το Καρπενήσι για το χρονικό διάστημα από 8.5.2018 έως 31.12.2021 του Τ.Ε.Ι. Στερεάς Ελλάδας (CPV 55322000-3).

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη ηλεκτρονικού διεθνούς ανοικτού διαγωνισμού κατά το μέρος που περιλαμβάνει τους αναφερόμενους στην προσφυγή όρους. Με το δε ενσωματωμένο σε αυτήν αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων αιτείται την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την έκδοση Απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

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 4-12-2017 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα 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 16-11-2017 ενώ περαιτέρω δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 16-11-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002256298 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 16-11-2017 με συστημικό α/α 47862. Με την ως άνω Προσφυγή του ο προσφεύγων επικαλείται ως πρώτο λόγο αυτής ασάφεια κρίσιμων όρων της διακήρυξης-κριτηρίου επιλογής ως προς το αναγκαίο ελάχιστο εμβαδό των χώρων εκτέλεσης της υπηρεσίας. Συγκεκριμένα, ότι το άρ. 1.3 του Α' Μέρους της Διακήρυξης και οι παρ. 30, 31, 32, 33 και 34 του Παραρτήματος Α' Ι: Τεχνικές Προδιαγραφές-Ειδικό Όροι-Υποχρεώσεις Αναδόχου του Μέρους Β' αυτής, με τους οποίους επιβάλλει στους οικονομικούς φορείς ως απαίτηση συμμετοχής στον επίδικο διαγωνισμό και ως κριτήριο επιλογής αυτών τη διάθεση αιθουσών εστιατορίου στις πόλεις σίτισης, για όσες περιπτώσεις προβλέπεται η παραχώρηση από τον ανάδοχο χώρου εστιατορίου για τη σίτιση των φοιτητών (δηλαδή για την Άμφισσα, τη Θήβα, τη Λαμία και τη Χαλκίδα) ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει να προσκομίσει με την προσφορά του επί ποινή αποκλεισμού άδεια λειτουργίας του αντίστοιχου εστιατορίου εάν υπάρχει, ή ενοικιαστήρια συμβόλαια ή υπεύθυνες δηλώσεις των ιδιοκτητών των ακινήτων ότι υπάρχει συμφωνία ενοικίασης με τον υποψήφιο ανάδοχο του συγκεκριμένου χώρου εστιατορίου που θα περιλαμβάνει αίθουσα σίτισης φοιτητών του απαιτούμενου από τη διακήρυξη εμβαδού. Ωστόσο, καίτοι στη διακήρυξη το αναγκαίο ελάχιστο εμβαδό της αίθουσας εστίασης/σίτισης φοιτητών τίθεται επί ποινή αποκλεισμού του υποψήφιου αναδόχου, όπως και η προσκόμιση των αποδεικτικών μέσων αυτού, ουδόλως προσδιορίζεται σε αυτή ποιο είναι το ελάχιστο τούτο αναγκαίο εμβαδό, κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, η οποία επιτάσσει τον προσδιορισμό του ανωτέρω κριτηρίου με τρόπο σαφή και συγκεκριμένο και

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

χωρίς να υπολείπεται καμία αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο αυτού. Από τη διατύπωση του επίμαχου όρου περαιτέρω δημιουργείται ασάφεια ως προς τον τρόπο υπολογισμού του αναγκαίου ελάχιστου εμβαδού, αφού η αναφορά σε αίθουσα ικανή για την ταυτόχρονη εξυπηρέτηση του 30% των σπιζόμενων μόνο ως ασαφής, αόριστη και ανακριβής μπορεί να χαρακτηριστεί, λαμβανομένου υπόψη ότι ουδόλως προσδιορίζεται με ποιο τρόπο θα κριθεί η ικανότητα τούτη, ενώ καμία αναφορά δε γίνεται σε νομοθετική διάταξη ή σε άλλο τρόπο σαφή και ορισμένο περί υπολογισμού του αναγκαίου εμβαδού της αίθουσας. Με τον τρόπο, ωστόσο, αυτό ο σχετικός όρος δύναται να ερμηνευτεί τόσο από τους διαγωνιζόμενους όσο και από την αναθέτουσα δεν παρέχεται δε στους διαγωνιζόμενους η δυνατότητα να αναζητήσουν κατάλληλες αίθουσες εστίασης και να διαμορφώσουν την προσφορά τους με τρόπο που να ανταποκρίνεται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση, εφόσον τα κριτήρια τούτα δεν είναι εξυπαρχής σαφή και ορισμένα. Επομένως, η πληττόμενη διακήρυξη κατά το μέρος που παραλείπει να προβλέψει όρους επαρκώς συγκεκριμένους ως προς το αναγκαίο ελάχιστο εμβαδό των αιθουσών σίτισης, είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί. Περαιτέρω, ότι ο όρος 1.3 στη σελ. 12 και πάλι στις τεχνικές προδιαγραφές, παρ. 33, σελ. 51 της διακήρυξης υπάρχει αντιφατικός όρος ως προς το ελάχιστο εμβαδό της αίθουσας σίτισης της Χαλκίδας, ενώ περαιτέρω είναι ανατιολόγητη η θέσπιση τέτοιου ελάχιστου εμβαδού ειδικά για τη συγκεκριμένη πόλη, σε αντίθεση με τα λοιπά παραρτήματα του ιδρύματος. Περαιτέρω, προβάλλει ασάφεια της διακήρυξης ως προς το ότι δεν αναφέρονται τα αποδεικτικά μέσα με τα οποία θα τεκμηριωθεί η πλήρωση του όρου περί τοποθεσίας αιθουσών σίτισης των φοιτητών, ενώ αρκείται στην απόδειξη με κάθε πρόσφορο μέσο, πλήττοντας ούτως την αρχή της διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης. Ως δεύτερο λόγο της προσφυγής του προβάλλει την παραβίαση της αρχής του ελεύθερου ανταγωνισμού, ίσης μεταχείρισης και αναλογικότητας κατά τα εξής. Η διακήρυξη θέτει ως προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό ότι για την πόλη της Λαμίας το εστιατόριο που θα διαθέσει ο υποψήφιος ανάδοχος πρέπει να βρίσκεται, με ποινή αποκλεισμού, εντός της ζώνης που οριοθετείται και περιλαμβάνει το τμήμα του Κεντρικού οδικού άξονα Π.Ε.Ο. Λαμίας-Αθηνών, από την εξωτερική κεντρική πύλη των εγκαταστάσεων του Τ.Ε.Ι. Στερεάς Ελλάδας έως και την

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

οδό Λεωνίδου και σε απόσταση τριακοσίων μέτρων (300 m) εκατέρωθεν του άξονα αυτού, απαίτηση δυσανάλογη και μη αναγκαία ως και ιδιαίτερα περιοριστική του ανταγωνισμού. Ειδικότερα στο αυστηρώς οριοθετημένο από τη διακήρυξη τμήμα του Κεντρικού οδικού άξονα Π.Ε.Ο. Λαμίας-Αθηνών και σε απόσταση μόλις τριακοσίων μέτρων εκατέρωθεν αυτού δεν υφίστανται διαθέσιμοι και κατάλληλοι σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης χώροι εστιατορίων, πλην, ενδεχομένως του ήδη λειτουργούντος, φοιτητικού εστιατορίου, ενώ μεγάλο τμήμα της εν λόγω ζώνης βρίσκεται εκτός σχεδίου πόλης, με ειδικούς όρους δόμησης και περιορισμένες χρήσεις γης. Ο ως άνω όρος εξάλλου αποκλείει τον προσφεύγοντα. Περαιτέρω, ο ανταγωνισμός περιορίζεται διότι ο ανάδοχος υποχρεούται να προσφέρει αίθουσα ικανή για την ταυτόχρονη εξυπηρέτηση του 30% των σιτιζόμενων. Τούτο γιατί ο αριθμός των δικαιούχων σίτισης στη Λαμία ανέρχεται σύμφωνα με τη διακήρυξη σε 1050 (παρ. 40 τεχνικών προδιαγραφών). Η διακήρυξη απαιτεί ταυτόχρονη εξυπηρέτηση του 30% των σιτιζομένων, ήτοι ταυτόχρονη εξυπηρέτηση 315 φοιτητών, όρος που βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο για τον επιδιωκόμενο σκοπό και δεν είναι δεκτικός αντικειμενικής και συγκεκριμένης αιτιολόγησης, διότι μη νόμιμα απαιτεί αίθουσα δυναμικότητας εξυπηρέτησης αριθμού υπερδιπλάσιου των δικαιούχων σίτισης φοιτητών στη Λαμία και μάλιστα σε εξαιρετικά περιορισμένο γεωγραφικά χώρο, θέτοντας έτσι αδικαιολόγητα εμπόδια στη συμμετοχή στον διαγωνισμό, αφού αφενός δεν υφίστανται στη Λαμία διαθέσιμοι χώροι που να ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις της διακήρυξης, αφετέρου οι συγκεκριμένες απαιτήσεις όχι μόνο δεν είναι αναγκαίες για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης αλλά παρίστανται δυσανάλογες και υπερβολικές. Περαιτέρω ο ισχυρισμός ότι οι φοιτητές διαμένουν εντός του πολεοδομικού ιστού και ότι οι φοιτητές της Σχολής Επαγγελματιών Υγείας και Πρόνοιας (μίας εκ των τεσσάρων σχολών του Ιδρύματος που εδρεύει στη Λαμία) παρακολουθούν εργαστηριακά μαθήματα στο Γενικό Νοσοκομείο Λαμίας, το οποίο βρίσκεται στο βόρειο άκρο της πόλης της Λαμίας δεν παρίσταται πειστικός σχετικά με την αναγκαιότητα επιλογής του συγκεκριμένου τμήματος για την εγκατάσταση του φοιτητικού εστιατορίου και του αυστηρότατου γεωγραφικού περιορισμού που τίθεται με τον επίμαχο όρο. Εξάλλου, κατά τη διακήρυξη ιδιαίτερα περιοριστικός και αντίθετος με τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης,

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

της διαφάνειας και της αναλογικότητας και παντελώς αναπιολόγητος παρίσταται ο όρος ως προς την απαίτηση για την πόλη της Θήβας το εστιατόριο να βρίσκεται σε ακτίνα μικρότερη των χιλίων μέτρων από την εξωτερική κεντρική πύλη του κτιρίου του Τ.Ε.Ι. Στερεάς Ελλάδας και εντός του σχεδίου πόλης, και για την πόλη της Χαλκίδας σε ακτίνα μικρότερη του ενός χιλιομέτρου από την Πλατεία Αγοράς και στην πλευρά της πόλης που είναι επί της νήσου Εύβοιας. Κατά συνδυασμό μεταξύ τους οι όροι που τίθενται στο άρθρο 1.3 του Κεφαλαίου 1 του Μέρους Α της προσβαλλόμενης διακήρυξης και στις παρ. 30, 31, 32 και 33 του Παραρτήματος ΑΙ του Μέρους Β, κατά τον προσφεύγοντα ευνοούν συγκεκριμένες επιχειρήσεις, συνεπαγόμενες αδικαιολόγητους φραγμούς στον ανταγωνισμό. Σύμφωνα με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται την προστασία του δημοσίου συμφέροντος και παραβίαση των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης. Συγκεκριμένα, ότι ο όρος 2.5 Κεφ. 2 Μέρους Α' της διακήρυξης θεσπίζει μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών τελευταίων ετών ίσο τουλάχιστον με 150% του ετησίου προϋπολογισμού του έργου και μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα τελευταία τρία έτη, τουλάχιστον ίσο με το 20% του ετήσιου προϋπολογισμού του έργου. Όμως, κατά τον προσφεύγοντα, το κατώτατο όριο μέσου ετήσιου ειδικού κύκλου εργασιών είναι δυσανάλογα μικρό ως προς το συμβατικό αντικείμενο με αποτέλεσμα να μην παρέχονται τα εχέγγυα άρτιας και απρόσκοπτης εκτέλεσης της σύμβασης. Περαιτέρω, ότι με τον όρο 2.5 Κεφ. 2 Μέρους Α' της διακήρυξης ορίζεται ότι όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για τη διαδικασία σύναψης σύμβασης η αναθέτουσα αρχή αρκείται σε τρεις κατά την τελευταία τριετία συμβάσεις παροχής υπηρεσιών μαζικής εστίασης από τον υποψήφιο ανάδοχο σε ποσοστό 20% επί του ετήσιου αριθμού των σιτιζόμενων και μάλιστα κάνει δεκτό και μικρότερο αριθμό συμβάσεων, καταργώντας έτσι στην ουσία την απαίτηση για προηγούμενη τριετή εμπειρία του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, αφού θεωρείται ότι καλύπτεται ο σχετικός όρος με την εκτέλεση μιας και μόνο σύμβασης σίτισης 1.992 ατόμων για εννέα μήνες, απαίτηση δυσανάλογα μικρή ως προς το συμβατικό αντικείμενο και με την οποία δεν παρέχονται εχέγγυα επαγγελματικής ικανότητας και προηγούμενης εμπειρίας. Κατά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων αιτιάται σύγχυση κριτηρίων ανάθεσης και ποιοτικής επιλογής, καθώς κατά τον όρο 2.4 Κεφ. 2

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

Μέρους Α' της διακήρυξης, το στοιχείο της εμπειρίας, του αριθμού του προσωπικού, των επαγγελματικών προσόντων των στελεχών της επιχείρησης και του τεχνικού εξοπλισμού τίθενται ως κριτήρια αξιολόγησης του κριτηρίου ανάθεσης, ενώ γνησίως συνιστούν κριτήρια ποιοτικής επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Κατά τον πέμπτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται παραβίαση κατ' ουσία διάταξης νόμου, διότι η διακήρυξη δεν είναι τμηματοποιημένη και προβλέπει ενιαία ανάθεση της σίτισης επί όλων των πόλεων που αφορά, κατά παράβαση του άρ. 59 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

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.

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

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

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 προΐσχύσαντος 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 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 εμπλεκόμενων μερών ως δικαιολογητικό

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

έρισμα 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 άλλων 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 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

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

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 17710970595801300084 και ποσού ευρώ 15.000, όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος της 1-12-2017 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 το από 5-12-2017 εσωτερικό έγγραφό της 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 IV 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 χρόνο γνώσης την 27-11-2017), ενώ 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, άλλους εξ αυτών δεν τους πληροί και έτσι αποκλείεται από τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (δεύτερος λόγος, βλ. παραπάνω σκ. 1), άλλοι καθιστούν ιδιαίτερα δυσχερή την εκ μέρους του σύνταξη και υποβολή παραδεκτής προσφοράς ή καθιστούν το καθεστώς αξιολόγησής της ασαφές και ως εκ τούτου επισφαλές για τον ίδιο

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

(πρώτος και τέταρτος λόγος, βλ. παραπάνω σκ. 1) ενώ άλλοι τίθενται με τρόπο που ευνοεί, κατά τον ίδιο, ανταγωνιστές του και σε κάθε περίπτωση τον θέτουν σε δυσχερή ανταγωνιστική θέση (δεύτερος λόγος, βλ. παραπάνω σκ. 1). 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, δεδομένου ότι ο προσφεύγων επικαλείται αντίθεσή τους στον νόμο και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και ελεύθερου ανταγωνισμού, θα οδηγήσει αναπόφευκτα είτε σε αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό, είτε, σε κάθε περίπτωση, σε αμφισβήτηση περί της διαφάνειας και ισότητας στην

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

αξιολόγηση των 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. 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 διαθέτουν την απαιτούμενη άδεια και 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, τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού, 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 τυχόν συμμετέχοντες, ακόμη δε και για αυτούς που τυχόν πληρούν τους επίμαχους όρους, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών. Σημειωτέον δε, ότι επειδή εν προκειμένω προβάλλεται και ζήτημα ασάφειας συγκεκριμένων κριτηρίων που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού, αλλά και κριτηρίων αξιολόγησης προσφορών, η τυχόν ακύρωσή τους θα επιφέρει ακυρότητα στην ίδια την αξιολόγηση και επομένως ο διαγωνισμός θα πρέπει να επαναληφθεί εξαρχής, αφού μεταβολή των ίδιων των κριτηρίων ανάθεσης μετά την ολοκλήρωση υποβολής προσφορών είναι ούτως ή άλλως μη νόμιμη. Συγχρόνως, η αμφιβολία περί της νομιμότητας και σαφήνειας των κριτηρίων αποκλεισμού και ανάθεσης ενδέχεται να δημιουργήσει προβλήματα και αμφιβολίες τόσο στους μετέχοντες ως προς τη

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

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 60/6-10-2017 Πράξεως του Προέδρου 6ου Κλιμακίου, για την 15-12-2017, ήτοι εντός λίαν συντόμου χρονικού διαστήματος και δη μόλις επτά (7) ημέρες πριν τον αρχικώς ορισθέντα καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών (22-12-2017 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 22-12-2017 ήτοι επτά (7) ημέρες μετά 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 αλυσιτελή 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 του ειδικότερου αιτήματος αναστολής του προσφεύγοντος, το οποίο εν προκειμένω δεν δεσμεύει το Κλιμάκιο και την αυτεπάγγελτη προς διαμόρφωση του καταλλήλου προσωρινού μέτρου αρμοδιότητα κατά τα αναφερθέντα παραπάνω στη σκ. 2, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω 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

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

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' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επειδή, με δεδομένο ότι ήδη δια της υπ' αρ. 60/6-12-2017 Πράξης Προέδρου 6^{ου} Κλιμακίου ορίστηκε ως χρόνος εξέτασης της Προσφυγής η 15-12-2017, ήτοι ημέρα μόλις επτά ημέρες μετά τον καταρχήν χρόνο καταληκτικής υποβολής προσφορών σύμφωνα με τη Διακήρυξη, προκύπτει ότι το διάστημα των δώδεκα (12) ημερών από την εξέταση της προσφυγής, ήτοι έως και 27-12-2017, 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 εικοσαημέρου 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 28-12-2017 και έπειτα οποτεδήποτε, αφετέρου πως το διατασσόμενο δια της παρούσας προσωρινό μέτρο θα παύσει αυτοδίκαια κατ' αρ. 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' αρ. 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, το κρινόμενο αίτημα αναστολής

Αριθμός Απόφασης: Α67/2017

πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη παρατείνει την κατάληξη του σταδίου υποβολής προσφορών για το διάστημα έως και το πέρας της 27ης Δεκεμβρίου 2017.

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 6-12-2017 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ