

ΑΠΟΦΑΣΗ 3/2017

Απόφαση Προσωρινών Μέτρων-Προδικαστική Προσφυγή κατά Όρων Διακήρυξης-Παρέμβαση κατά της Προσφυγής με Αίτημα μεταξύ άλλων την Απόρριψη του Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων-Αυτεπάγγελτη Αρμοδιότητα Κλιμακίου-Δεν δεσμεύεται το Κλιμάκιο ως προς το αντικείμενο των διατασσόμενων μέτρων από το ειδικό αντικείμενο της Αίτησης του προσφεύγοντος-Χαρακτήρας του όρου «Κατάλληλα Μέτρα»- Διάκριση αντικειμένου εξέτασης Προσωρινών Μέτρων ενώπιον Α.Ε.Π.Π. από αυτό της παροχής προσωρινής δικαστικής προστασίας- Κανόνας Εξέτασης επί Προσωρινών Μέτρων ενώπιον Α.Ε.Π.Π.- Τέσσερα Στάδια κρίσης: 1. Εξέταση περί προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβάσιμου προς τον σκοπό αυτεπάγγελτης άρσης κωλύματος σύναψης σύμβασης, 2. Πιθανολόγηση περί συνδρομής μιας μη αμελητέας ζημίας, 3. Στάθμιση αυτής με τυχόν αντίρροπη ζημία από τη διαταγή προσωρινών μέτρων, 4. Διαμόρφωση ειδικότερου περιεχομένου των μέτρων-Η έννοια του «προδήλως αβάσιμου» κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017-Η προσκόμιση γραμματίου προείσπραξης από τον υπογράφοντα Προδικαστική Προσφυγή δικηγόρο δεν συνιστά προϋπόθεση του παραδεκτού αυτής-Δεν είναι προδήλως αβάσιμη η Προσφυγή καθώς η εξέτασή της προϋποθέτει καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου, ενώ παρίσταται πως υφίστανται αντίθετες δικαστικές αποφάσεις επί των οικείων ζητημάτων- Λήψη υπόψη και άλλων θιγόμενων συμφερόντων και δη της αναθέτουσας, της εν γένει διαδικασίας ανάθεσης ή και τρίτων, ανεξαρτήτως άσκησης εκ μέρους τους παρέμβασης-Ευρύτερο ενδιαφέρον της υπόθεσης, καθώς το αντικείμενο του αμφισβητούμενου όρου δύναται να αφορά αόριστο κύκλο διακηρύξεων για το ίδιο αγαθό και επομένως αόριστο κύκλο αναθετουσών αρχών και ενδιαφερόμενων προμηθευτών-Η πρόοδος του διαγωνισμού επιφέρει πρόδηλη βλάβη στον προσφεύγοντα λόγω διαφαινόμενου αποκλεισμού του συνεπεία της αδυναμίας του να καλύψει τις απαιτήσεις της διακήρυξης- Η ολοκλήρωση του σταδίου υποβολής προσφορών προ της εξέτασης της Προσφυγής εκθέτει τρίτους συμμετέχοντες, την αναθέτουσα και την εν γένει διαδικασία σε κίνδυνο τυχόν ανασφάλειας δικαίου, μη νομιμότητας ανάθεσης και μείζονος χρονικής καθυστέρησης συνεπεία μεταγενέστερης ακύρωσης όρων διακήρυξης και συνακόλουθης ακύρωσης κάθε ενδιαμέσως συντελεσθείσας διαδικασίας- Η αναστολή του σταδίου υποβολής προσφορών συνιστά το πλέον κατάλληλο μέτρο για την πρόληψη ζημίας εις βάρος κάθε μετέχοντος και της αναθέτουσας -Η αναστολή αυτή υλοποιείται καταλλήλως με διαταγή προς την αναθέτουσα όπως παρατείνει το στάδιο τουλάχιστον έως και συγκεκριμένα οριζόμενη εκ της Απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ημέρα, η οποία οπωσδήποτε έπεται της εκ μέρους της εξέτασης της Προσφυγής-Η παράταση αυτή σε συνδυασμό με τον σύντομο χρόνο εξέτασης της Προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. και τη βραχεία αποκλειστική προθεσμία για την έκδοση απόφασης κατοχυρώνουν πλήρως τα συμφέροντα κάθε ενδιαφερόμενου μέρους, άνευ αντίρροπης ζημίας-Ανεξαρτήτως διατασσόμενης διάρκειάς τους, τα Προσωρινά Μέτρα παύουν αυτοδικαίως με την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής- Διατάσσεται η Παράταση του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών για διάστημα τουλάχιστον 11 ημερών μετά τον χρόνο στον οποίο θα εξεταστεί η Προσφυγή

Το Στ' Κλιμάκιο της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής, την 17 Αυγούστου 2017, κατόπιν της από 16-8-2017 Συγκλήσεως εκ μέρους του Προέδρου του, παρουσία όλων των μελών του και συγκεκριμένα με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και Πουλοπούλου Αγγελική, μέλη.

Για να εξετάσει την με αρ. πινακίου (1) της προκείμενης συνεδριάσεως, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 εισαγωγή προς εξέταση περί τυχόν λήψης μέτρων των άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 επί της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ και ΕΑΚ ΑΕΠΠ Προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία (εφεξής

«προσφεύγων») κατά του Γενικού Νοσοκομείου Δράμας (εφεξής «αναθέτουσα αρχή») και της 14/2017 Διακηρύξεως του (εφεξής «προσβαλλόμενη»), βάσει του σχετικού αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώθηκε στην Προσφυγή, αλλά και την κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 οικεία αυτεπάγγελη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. Η εξέταση της Προσφυγής ανατέθηκε στο Κλιμάκιο κατ' αρ. 3 εδ. β' και αρ. 6 ΠΔ 38/2017 την 9-8-2017 και η πράξη ανάθεσης της οποίας διαβιβάστηκε στο Κλιμάκιο την 10-8-2017. Δεν κατατέθηκαν σχετικές απόψεις επί της εξέτασης προσωρινών μέτρων από την αναθέτουσα αρχή ούτε ως τον χρόνο έκδοσης της παρούσας κατέθεσε αυτή φάκελο επί της προσφυγής, παρότι έλαβε χώρα κλήσή της κατόπιν της από 11-8-2017 κοινοποίησής σε αυτήν της οικείας Πράξης Προέδρου Στ' Κλιμακίου 5/11-8-2017. Ενδιάμεσως και συγκεκριμένα την 17-8-2017, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία ... κατέθεσε τη με ΓΑΚ ... και ΕΑΚ ... Παρέμβασή του υπέρ του κύρους της προσβαλλόμενης και της απόρριψης της Προσφυγής, δια της οποίας εκτός των άλλων αιτείται και τη μη χορήγηση προσωρινών μέτρων του αρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017. Χρέη Εισηγητή εκτέλεσε ο ως άνω Πρόεδρος του Κλιμακίου, κατόπιν της ως άνω υπ' αρ. 5/2017 Πράξεως του ίδιου, με την οποία όρισε εαυτόν ως Εισηγητή, σύμφωνα με το αρ. 12 παρ. 1 εδ. β' ΠΔ 39/2017 τόσο για την εξέταση της Προσφυγής, όσο και για την εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων, σύμφωνα και με το αρ. 12 παρ. 5 ΠΔ 39/2017, ο οποίος κατά την ως άνω συνεδρίαση, κατ' αρ. 12 παρ. 2 ΠΔ 39/2017, προσκόμισε και παρουσίασε ενώπιον του Κλιμακίου την οικεία Εισήγησή του.

ΑΦΟΥ ΜΕΛΕΤΗΣΕ ΤΟΝ ΦΑΚΕΛΟ ΤΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΑΒΕ ΥΠΟΨΗ ΤΗΝ ΕΙΣΗΓΗΣΗ ΣΚΕΦΤΗΚΕ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟ

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 9-8-2017 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα διακήρυξης δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού ανάθεσης σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 104.838,70 ευρώ άνευ ΦΠΑ για την προμήθεια ιατρικού υγρού οξυγόνου (CPV 24111900-4) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής, η οποία διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την ... με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την ... με συστημικό α/α Ήδη με την ως άνω Προσφυγή, ο προσφεύγων επικαλείται αντίθεση της διακήρυξης στην Απόφαση Ε.Ο.Φ. 62060/14.9.2010 και τη με αρ. πρωτ. 40035/28.4.2017 Ανακοίνωση Προέδρου Ε.Ο.Φ., ως και το ρυθμιστικό περιεχόμενο της τελευταίας, σε συνδυασμό με το αρ. 54 παρ. 2 Ν. 4412/2016, Επικαλείται, ειδικότερα, υπό την ιδιότητα του αδειοδοτημένου παραγωγού τέτοιου υγρού, ο οποίος όμως δεν κατέχει και αντίστοιχη άδεια κυκλοφορίας, ότι ο επί ποινή αποκλεισμού όρος της Διακήρυξης, περί απαίτησης κατοχής άδειας κυκλοφορίας για το υπό προμήθεια προϊόν δεν είναι νόμιμος και περιορίζει τον ανταγωνισμό, αφού το αγαθό δεν συνιστά φαρμακευτικό προϊόν, ώστε καταρχήν να απαιτείται άδεια κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. και σε κάθε περίπτωση τέτοια άδεια δεν θα έπρεπε να απαιτείται για τη συμμετοχή σε σχετικό διαγωνισμό, δεδομένου ότι, βάσει της παραπάνω Ανακοίνωσης έχει χορηγηθεί έως την 30/6/2018 χρόνος συμμόρφωσης των φορέων με άδεια παραγωγής τέτοιου υγρού, ώστε να αποκτήσουν άδεια κυκλοφορίας. Επιπλέον, αιτείται λήψη προσωρινών μέτρων, ώστε να διαταχθεί η εξέλιξη του διαγωνισμού με τρόπο που θα επιτραπεί, άλλως δεν θα αποκλειστεί η συμμετοχή του, ως μη διαθέτοντος άδεια κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. για το υπό προμήθεια υγρό ιατρικό οξυγόνο. Αντιθέτως, ο παρεμβαίνων ζητά την απόρριψη της Προσφυγής, επικαλούμενος αφενός ότι αυτή απαραδέκτως ασκήθηκε λόγω μη προσκόμισης γραμματίου προείσπραξης και μη εκτύπωσης πληρωμής παραβόλου ως και μη βεβαίωσης αυτού, αφετέρου ότι είναι αβάσιμη, δεδομένου ότι το αγαθό συνιστά κατά νόμο "φάρμακο" και ότι η ως άνω Ανακοίνωση του Ε.Ο.Φ. δεν έχει κανονιστική ισχύ και δεσμευτικό περιεχόμενο και επομένως, ο όρος περί άδειας κυκλοφορίας είναι και νόμιμος και υποχρεωτικός για τις αναθέτουσες αρχές. Αιτείται περαιτέρω απόρριψη του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος, βάσει των παραπάνω λόγων, ως και της μη συνδρομής στο πρόσωπο του βλάβης.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, στο οποίο χρεώθηκε από 10-8-2017, με τη διαβίβαση της από 9-8-2017 οικείας πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας 5/11-8-2017 Πράξης του Προέδρου του σε 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. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη πρώτον, εκ του αυτεπάγγελλου 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 αρ. 366 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το αρ. 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”, 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 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 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’ αρ. 372 παρ. 4 εδ. ι’ Ν. 4412/2016, και αρ. 5 παρ. 5 εδ. α’ του προΐσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ’ αρ. 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. Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως अपαράδεκτο ή αβάσιμο της Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του αρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017. Σε αυτό το στάδιο, 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 έτερων 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 θιγόμενων 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’ αρ. 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.

4. Επειδή, παρίσταται ότι για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ’ αρ. 5 ΠΔ 39/2017 αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία

15980235695710060057 και ποσού ευρώ 600, όπως και την τυποποιημένη εκτύπωση εκ του ηλεκτρονικού συστήματος της Γ.Γ.Π.Σ. περί πληρωμής του παραβόλου της 7-8-2017, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει με το από 11-8-2017 απευθυνόμενο προς το Στ' Κλιμάκιο 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 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. Τρίτον, η Προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) (εν προκειμένω, προκύπτει τεκμαιρόμενος χρόνος πλήρους γνώσης η 2-8-2017), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από πληρεξούσια δικηγόρο, νομιμοποιηθείσα δια της οικείας ειδικής εξουσιοδότησης που παρασχέθηκε από τον προσφεύγοντα με το 781 Πρακτικό της από 7-8-2017 Συνεδριάσεως Δ.Σ. αυτού (θέμα 2ο). Εξάλλου, όσον αφορά τον ισχυρισμό του παρεμβαίνοντος περί μη κατάθεσης γραμματίου προείσπραξης, προκύπτει ότι το αρ. 61 Ν. 4194/2013 (Κώδικας Δικηγόρων), σύμφωνα με το ρητό γράμμα της παρ. 4 αυτού, αναφέρεται σε άσκηση διαδικαστικών πράξεων ενώπιον δικαστηρίων και εν γένει οργάνων της Δικαιοσύνης και κατάθεση ενδίκων βοηθημάτων και μέσων ενώπιον αυτών. Αντίθετα, η Α.Ε.Π.Π. αποτελεί όργανο της διοίκησης, η ενώπιον της διαδικασία, ουδόλως ανήκει στη δικαστική λειτουργία, η δε Προδικαστική Προσφυγή του άρ. 360 Ν. 4412/2016 συνιστά ενδικοφανή διοικητική προσφυγή και όχι προφανώς "ένδικο βοήθημα" ή "μέσο" (έννοια που κατ' ορισμό αφορά προσφυγή στη δικαιοσύνη). Συνεπώς, ανεξαρτήτως τυχόν προσωπικών ευθυνών των υπογράφωντων Προδικαστικές Προσφυγές ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. δικηγόρων, η προσκόμιση γραμματίου καταβολής εισφορών-κρατήσεων δεν συνιστά τουλάχιστον προϋπόθεση του παραδεκτού των ενδικοφανών αυτών προσφυγών. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στον κλάδο παραγωγής βιομηχανικών ιατρικών αερίων, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης συμβάσεως, ενώ αυτονόητα θίγεται από τον προσβαλλόμενο με την Προσφυγή του όρο της Διακήρυξης, διότι, όπως ο ίδιος μάλιστα δηλώνει, δεν τον πληροί, καθώς έτσι αποκλείεται από τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. 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. Αφετέρου, κατά τα όσα ο προσφεύγων επικαλείται με την προσφυγή του, όπως προκύπτει ενδεικτικά από τα διαλαμβανόμενα και εκ των διαδίκων επικαλούμενα επί της ΔΕΦΛαρ (Αναστ.) 26/2017 και τα ζητήματα που προβάλλονται στην ενώπιον του ΣτΕ εκκρεμούσα υπ' αρ. κατ. 121/2017 Αίτηση Αναστολής του οικονομικού φορέα [νυν παρεμβαίνοντος] λαμβανομένων υπόψη και των απόψεων του Ε.Ο.Φ., τα ζητήματα νομιμότητας όρων της διακήρυξης που προβάλλει παρίστανται ως αμφισβητούμενα, δεν απαντώνται από κάποια πάγια νομολογία και χρήζουν οπωσδήποτε αναλυτικής νομικής εκτίμησης. Περαιτέρω, συνεκτιμώνται σε συνάρτηση και με τα παραπάνω, και όσα ο ίδιος ο Παρεμβαίνων επικαλείται και κυρίως τη Ν27/23-6-2017 (Αναστ.) ΔΕφ Πατρών και τη 10/24-3-2017 (Ασφ.) ΜονΔΕφ Χανίων, λαμβανομένου πάντως υπόψη ότι και αυτές, όπως και η ως άνω ΔΕΦΛαρ (Αναστ.) 26/2017, ως αποφάσεις επί αιτήσεων προσωρινής δικαστικής προστασίας ουδόλως επιλύουν με ισχύ δεδικασμένου ούτε αποφαίνονται οριστικώς επί της διαφοράς και της βασιμότητας των προκειμένων ισχυρισμών του Παρεμβαίνοντος ή του Προσφεύγοντος. Εκ του συνδυασμού όλων των παραπάνω επιβεβαιώνεται ο καταρχήν αμφισβητούμενος χαρακτήρας των οικείων νομικών ζητημάτων και η μη εισέτι επίλυσή τους από τη νομολογία και κυρίως ότι η εκ της Α.Ε.Π.Π. κρίση επ' αυτών απαιτεί 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 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, θα οδηγήσει αναπόφευκτα σε αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό, δεδομένου ότι δεν διαθέτει την απαιτούμενη εκ της διακηρύξεως άδεια κυκλοφορίας του προμηθευόμενου προϊόντος. Ούτως, ακόμη και αν υποβάλει προσφορά, αυτή δεν είναι δυνατό να συμμορφώνεται με τη διακήρυξη και η υποβολή αυτή θα είναι 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. Προς τούτο, πρέπει να ληφθεί υπόψη και η φύση της προκείμενης διαφοράς, η οποία αναφέρεται όχι σε μεμονωμένο και ειδικό ζήτημα της επίμαχης διακήρυξης, αλλά σε θέμα γενικότερου ενδιαφέροντος για τον κλάδο παραγωγών ιατρικών αερίων, αλλά και για τους υγειονομικούς οργανισμούς-προμηθευόμενους τέτοια αέρια και συγκεκριμένα περί την υποχρέωση κατοχής άδειας κυκλοφορίας για τη διάθεση τέτοιων αερίων και συνακόλουθα για τη νομιμότητα αντίστοιχων όρων αποκλεισμού και τεχνικών προδιαγραφών σε διαδικασίες ανάθεσης σχετικών συμβάσεων, ενώ μεταξύ άλλων προϋποθέτει και παρεμπίπτουσα κρίση επί της με αρ. πρωτ. 40035 και από 28/4/2017 Ανακοινώσεως Προέδρου Ε.Ο.Φ. απευθυνόμενης σε αόριστο και ευρύ κύκλο επιχειρήσεων με τέτοιο αντικείμενο, μέρος των οποίων συμμετέχει ή τυχόν ενδιαφέρεται για συμμετοχή στον επίμαχο ή παρομοίου αντικείμενου, ενεργούς ή μελλοντικούς (λαμβάνομένου υπόψη ότι η ως άνω Ανακοίνωση Προέδρου Ε.Ο.Φ. αφορά διάστημα έως 30.6.2018) διαγωνισμούς, όπου το ίδιο ζήτημα περί άδειας κυκλοφορίας τυχόν ανακύψει ξανά, όπως εξάλλου διαφαίνεται και από τις ήδη προκύπτουσες δια των εκ του προσφεύγοντος προσκιμοζόμενων στοιχείων, εκκρεμείς κατά τον παρόντα χρόνο δίκες. 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 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. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 6/17-8-2017 Πράξεως του Προέδρου Στ' Κλιμακίου, κατόπιν τροποποίησης του Κεφ. 1 της προτέρας 5/11-8-2017 Πράξης του, για την 28-8-2017, ήτοι εντός λίαν συντόμου χρονικού διαστήματος και δη μόλις επτά ημέρες μετά τον αρχικώς ορισθέντα καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών, 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, τον παρεμβαίνοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η πρόοδος της διαδικασίας υποβολής προσφορών, η οποία πρόκειται να περατωθεί την 21-8-2017 ήτοι προ του χρόνου εξέτασης της προσφυγής, θα στερήσει πρακτικά και προκαταβολικά τον προσφεύγοντα από την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αιτούμενη προστασία, θα καταστήσει άνευ αντικείμενου 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 ευρύ κύκλο ενδιαφερόμενων τρίτων.

7. Επειδή, εξάλλου, βάσει και 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 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' άρ. 6/17-8-2017 Πράξης Προέδρου Στ' Κλιμακίου, η οποία τροποποίησε το Κεφ. 1 της προηγούμενης υπ' άρ. 5/11-8-2017 Πράξης του κατόπιν και της με ΓΑΚ ... και ΕΑΚ ... Παρέμβασης και ώστε να εξασφαλιστεί επαρκής χρόνος εκτίμησης και της τελευταίας, ορίστηκε ως νέος χρόνος εξέτασης της Προσφυγής η 28-8-2017, προκύπτει ότι το διάστημα των έντεκα (11) ημερών από την εξέταση της προσφυγής, ήτοι έως και 8-9-2017, συνιστά κατά τα ως άνω εύλογο διάστημα παράτασης του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών.

Επομένως, το Κλιμάκιο ομόφωνα δέχεται την Εισήγηση και

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

- Διατάσσει την Αναστολή της προόδου της Διαγωνιστικής Διαδικασίας και δη το στάδιο υποβολής προσφορών έως και την 8-9-2017, δια της επιβολής στην αναθέτουσα όπως παρατείνει τον χρόνο καταληκτικής υποβολής προσφορών τουλάχιστον έως και το πέρας της ανωτέρω ημέρας, υπό την επιφύλαξη έκδοσης απόφασης επί της Προσφυγής ενδιάμεσως.

- Διατάσσει την αναθέτουσα 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.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη Πειραιώς, την 17 Αυγούστου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Παραγγέλλεται ο Γραμματέας της Α.Ε.Π.Π. όπως, σύμφωνα με τα αρ. 11 και 19 ΠΔ 39/2017, παραχρήμα καταχωρίσει το διατακτικό της Απόφασης στο Βιβλίο Αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π., κοινοποιήσει την παρούσα Απόφαση στους ενδιαφερομένους, ήτοι τον προσφεύγοντα, την αναθέτουσα αρχή και τον παρεμβαίνοντα και προβεί σε κάθε περαιτέρω νόμιμη ενέργεια.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΚΑΙ ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ