

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της την 6<sup>η</sup> Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Δήμητρα Μπαχτσεβανίδου  
και Μιχαήλ Διαθεσόπουλο, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων, που ενσωματώνεται στην από 1.3.2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 286/1-3-2019 Προδικαστικής Προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» («προσφεύγων») που εδρεύει στη ..... οδός ..... αρ. ., νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «.....» («αναθέτουσα αρχή»)

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία σωρεύεται και αίτημα αναστολής εκτέλεσης και λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται: την ακύρωση της Πράξης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 4η/θέμα 17ο / 14.02.2019, καθ' ο μέρος απερρίφθη η προσφορά του προσφεύγοντος στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης για την «.....», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 185.483,87 ευρώ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 13.08.2018 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 13.08.2018 με συστημικό α/α .....

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων που επισυνάπτεται στην από 1.3.2019 Προδικαστική Προσφυγή, η οποία στρέφεται για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην προσφυγή κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά απόφασης Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα, η Επιτροπή Αξιολόγησης του Διαγωνισμού εξέδωσε το από 28-01-2019 πρακτικό, με το οποίο πρότεινε την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της ενώ το Διοικητικό Συμβούλιο της Αναθέτουσας Αρχής με την με αρ. 4/θέμα 17ο/14.02.2019 πράξη του («προσβαλλόμενη πράξη») – δεν ενέκρινε το ανωτέρω Πρακτικό Τεχνικής Αξιολόγησης, αλλά υιοθέτησε την άποψη δύο μειοψηφούντων μελών της Επιτροπής που είχαν εισηγηθεί την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος (λόγω έλλειψης πιστοποίησης FDA) και απέρριψε οριστικά την τεχνική προσφορά του κάνοντας δεκτή μόνο την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....».

2. Επειδή (βλ. και Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρθρου 366 του ν. 4412/2016 και 15 παρ. 1 και 3 του π.δ. 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 άρθρου 366 του ν. 4412/2016, όσο και του άρθρου 15 του π.δ. 39/2017, οι οποίες ορίζουν ως το γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, ότι το άρθρο 366 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 παρ. 2 του π.δ. 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 οιουδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προδικαστικής Προσφυγής.

3. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 4 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του άρθρου 366 του ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του άρθρου 15 του π.δ. 39/2015, περί στάθμιση 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 οιουδήποτε 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 Προδικαστική 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 λήψης 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’ άρθρο 372 παρ. 4 εδ. ι’ του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 εδ. α’ του προΐσχύσαντος ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του Προσφεύγοντος (όπως κατ’ άρθρο 52 του π.δ. 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 Α.Ε.Π.Π. Α62/2017). Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως अपαράδεκτο ή αβάσιμο της Προδικαστικής Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του άρθρου 15 παρ. 3 του π.δ. 39/2017, ζήτημα που

## Αριθμός απόφασης: Α114/2019

προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρθρου 15 παρ. 1 και 2 του π.δ. 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 άρθρου 15 παρ. 3 του π.δ. 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' άρθρο 15 παρ. 1 του π.δ. 39/2017), όπως εξάλλου και την έμφαση στο στοιχείο της ζημίας των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών ως δικαιολογητικό έρεισμα των προσωρινών μέτρων. 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 παρέμβασης. Τα δε συμφέροντα των τελευταίων ως και αυτά της Αναθέτουσας Αρχής δύνανται να θίγονται εκ της συνέχισης 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 συνέχισης 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' άρθρο 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 Α.Ε.Π.Π. 3,6,8/2017 και εξής).

4. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρθρο 5 του π.δ. 39/2017 και κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016 παράβολο,

## Αριθμός απόφασης: Α114/2019

αφού η Προσφεύγουσα επισύναψε στο έντυπό της παράβολο με στοιχεία ..... και ποσού ευρώ 927,50 όπως και το έμβασμα πληρωμής του, μέσω της Τράπεζας ..... την 27.2.2019. Περαιτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, στις διατάξεις του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 και συνεπώς εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016 και επομένως στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της, κατ' άρθρο 345 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, κατά τις διατάξεις του άρθρου 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης την 19.2.2019, και άσκηση την 1.3.2019, ήτοι τη δέκατη ημέρα από την κοινοποίηση), ενώ η Προσφεύγουσα χρησιμοποίησε το κατ' άρθρο 8 παρ. 2 του π.δ. 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από το νόμιμο εκπρόσωπο της Προσφεύγουσας. Η δε Προσφεύγουσα, ως συμμετέχουσα στον οικείο διαγωνισμό με προσφορά που εκρίθη ως μη αποδεκτή θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής κατά της Προσβαλλόμενης, επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Συνεπώς, η Προδικαστική Προσφυγή δεν παρίσταται ως προδήλως απαράδεκτη.

5. Επειδή, περαιτέρω, κατά την ανωτέρω σκ. 3, η Προδικαστική Προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση η Προσφεύγουσα βάλλει της προσβαλλομένης 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 κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης σε αντιπαραβολή με τα έγγραφα των προσφορών. Επομένως, χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρθρου 15 παρ. 1 του π.δ. 38/2017.

6. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του τυχόν παρεμβαίνοντος, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της

## **Αριθμός απόφασης: Α114/2019**

προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι του ανοίγματος οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου όποιου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας συμμετοχής ή αποκλεισμού από τα επόμενα στάδια προσφοράς διαγωνιζομένου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου οικονομικών προσφορών τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της κρίσης περί του παραδεκτού ή απαραδέκτου προσφοράς κάποιου προσφέροντος, αν ενδιάμεσως λάβει χώρα, αποσφράγιση οικονομικών προσφορών και ούτως αξιολογηθούν τελικώς οι προσφορές και λάβει χώρα προσωρινή κατακύρωση υπέρ κάποιου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης πρακτικού οικονομικών προσφορών άρα και προσωρινής κατακύρωσης, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Περαιτέρω, τυχόν μη αποσφράγιση μετά των υπολοίπων προσφορών, οικονομικής προσφοράς μετέχοντος που εν τέλει κριθεί ως μη νομίμως αξιολογηθείς ως αποκλειστέος κατά τα προηγούμενα στάδια, διακινδυνεύει την όλη νομιμότητα της διαδικασίας ως και τον διαγωνισμό με ματαίωση. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν επιλοχώσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της ίδιας της τεχνικής προσφοράς-δικαιολογητικών του διαγωνιζομένου, την προσφορά του οποίου αφορά η Προσφυγή, βάσει της εξέτασης επί της τελευταίας. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 364/6-3-2019 Πράξεως της Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 28-3-2019, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, 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 ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της

## **Αριθμός απόφασης: Α114/2019**

διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς.

7. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε της ύπαρξης ή μη ή και του ανά περίπτωση ειδικότερου περιεχομένου του αιτήματος του προσφεύγοντος δεδομένης της κατά την ως άνω σκ. 2, αυτεπάγγελτης εξουσίας του Κλιμακίου επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή αποστολής πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με το στάδιο ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί του αποκλεισμού του προσφεύγοντος κατά το στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών, επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις, θα καταστούν άκυρες.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων και δη με το ως άνω κατά τη σκ. 7 ειδικότερο περιεχόμενο.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

**Αριθμός απόφασης: Α114/2019**

Δέχεται το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας διατάσσοντας ειδικότερα την αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακύρωσης έως και την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, όπως άμεσα ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την αποσφράγιση και αξιολόγηση οικονομικών προσφορών και προσωρινή κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και αξιολόγηση ή και έγκρισή τους.

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 την 6.3.2019 και εκδόθηκε την 8.3.2019.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ**

**ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ ΓΡΥΠΑΡΗΣ**



**Αριθμός απόφασης: Α114/2019**