

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή Μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 5-4-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/329/10-4-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και δ.τ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να ακυρωθούν άλλως να τροποποιηθούν οι όροι 1.2 και 2.4 του Παραρτήματος Α της με αρ. πρωτ. 8/2018 διακήρυξης κάτω των ορίων ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την αναβάθμιση με μερική ή ολική αντικατάσταση των δεκαέξι (16) χειρουργικών προβολέων στις χειρουργικές αίθουσες του νοσοκομείου, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 31-5-2018 (μετά την από 13-4-2018 Απόφαση της αναθέτουσας περί Μετάθεσης του διαγωνισμού) και εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 160.000 ευρώ (CPV: 33141625-7) που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 22-3-2018 με ID: ... και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 22-3-2018 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 28-3-2018 με συστημικό α/α ... Με το ειδικότερο αίτημα προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνει στην προσφυγή του, ο προσφεύγων ζητά να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης διακήρυξης και των συμβατικών αυτής τευχών, ως και η αναστολή προόδου του διαγωνισμού, έως και την έκδοση Απόφασης από την ΑΕΠΠ. Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α194/2018

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων που επισυνάπτεται στην από 5-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή, η οποία στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού κάτω των ορίων διαγωνισμού.

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 οιουδήποτε 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 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 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,

Αριθμός απόφασης: Α194/2018

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 προϋσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβης 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 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

Αριθμός απόφασης: Α194/2018

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'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 έτερους 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 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

Αριθμός απόφασης: Α194/2018

απαιτούν τη μεσολάβηση κάποιας ειδικής επιμέρους κρίσης και εκτεταμένης νομικής σκέψης.

4. Επειδή, πάντως, εν προκειμένω ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έχει οριστεί η 31-5-2018, κατόπιν μεταθέσεως της αρχικώς ορισθείσης για την 3-5-2018 αντίστοιχης ημερομηνίας (ύστερα από την οικεία από 13-4-2018 απόφαση της αναθέτουσας περί μετάθεσης). Με τη δε 410/10-4-2018 Πράξη Προέδρου 6^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ η εξέταση της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής ήδη ορίσθηκε για την 24-4-2018, η δε σχετική, κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 αποκλειστική προθεσμία για την έκδοση Απόφασης επ' αυτής (20 ημέρες από την ως άνω ημερομηνία εξέτασης) θα έχει ήδη παρέλθει έως την 14-5-2018. Πλην όμως, ως απώτατη διάρκεια των διατασσόμενων από την ΑΕΠΠ προσωρινών μέτρων είναι η έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής και σε κάθε περίπτωση η παρέλευση της ως άνω αποκλειστικής προθεσμίας, σύμφωνα και με το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Κατ' αποτέλεσμα, ασχέτως των ειδικότερων ισχυρισμών του νυν αιτούντος και προσφεύγοντος, αφενός το αίτημα του περί προσωρινών μέτρων προβάλλεται αλυσιτελώς, αφού ακόμη και αν διατασσόταν θα είχε εκπνεύσει πολύ πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφοράς, ενώ έως τότε ούτως ή άλλως θα έχει εκδοθεί Απόφαση επί της προσφυγής του που θα κρίνει οριστικά επ' αυτής. Αφετέρου, και για την ταυτότητα του λόγου, δεν προκύπτει οιαδήποτε ζημία του, ούτως ή άλλως, η οποία τυχόν δικαιολογεί τη χορήγηση τέτοιων προσωρινών μέτρων, αφού πρώτον, θα έχει εκδοθεί Απόφαση επί της προσφυγής του ή θα έχει συντελεστεί πάροδος της αποκλειστικής προς έκδοση της προθεσμίας ήδη 17 ημέρες πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και συνεπώς η ενδιάμεση πρόοδος του διαγωνισμού δεν δύναται να τον θίξει. Δεύτερον, τα δυνάμενα να διαταχθούν από την ΑΕΠΠ προσωρινά μέτρα θα έχουν διάρκεια μικρότερη, βάσει των ως άνω περιοριστικών της οικείας αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ διατάξεων, από τον χρόνο που μεσολαβεί από την έκδοση της παρούσας έως τον χρόνο υποβολής προσφορών. Εξάλλου, όπως παγίως έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ τα χορηγούμενα προς προστασία του προσφεύγοντος κατάλληλα προσωρινά μέτρα σε περίπτωση προσφυγής κατά διακήρυξης συνίστανται σε παράταση του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών (ώστε να μην λάβει χώρα τυχόν λήξη του χρόνου αυτού, εκκρεμούσας της προσφυγής, κατάσταση που θα καθιστούσε αλυσιτελή την προδικαστική προστασία του προσφεύγοντος), μέτρο που εν προκειμένω και επί της ουσίας δεν είναι ούτε αναγκαίο ούτε κατάλληλο για την προστασία του

Αριθμός απόφασης: Α194/2018

προσφεύγοντος, ο οποίος μάλιστα δεν βλάπτεται από τη διατήρηση της προσβαλλομένης ως την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ, η οποία θα έχει σε κάθε περίπτωση λάβει χώρα το αργότερο έως και την 14-5-2018. Συνεπώς, δεν υφίσταται εξ αρχής έρεισμα για την εξέταση του νυν προβαλλόμενου αιτήματος προσωρινών μέτρων, ήτοι έστω και καταρχήν δυνατότητα πιθανολόγησης βλάβης (η οποία είναι περαιτέρω εξεταστέα ως προς τη συνδρομή της κατά την εξέταση περί χορήγησης προσωρινών μέτρων), αφού αυτή αποκλείεται δια μόνου του ορισθέντος χρόνου εξέτασης της προσφυγής σε συνδυασμό με τον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών επί της προκείμενης διαδικασίας ανάθεσης.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί το Αίτημα Αναστολής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει το Αίτημα Αναστολής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20-4-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ