

**Η**

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

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Μαΐου 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 27-4-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/384/30-4-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και διακριτικό τίτλο «...ΑΕ», νομίμως εκπροσωπούμενου

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

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να ακυρωθεί εν μέρει υπ' αρ. ... Διακήρυξη Ηλεκτρονικού Ανοιχτού Διαγωνισμού άνω των ορίων του ...για την προμήθεια Ιατρικών Υγρών και Αερίων (υγρού οξυγόνου – πρωτοξειδίου του αζώτου, λοιπών ιατρικών και αερίων) για ένα έτος προϋπολογιζόμενης δαπάνης 254.720,86 ευρώ άνευ ΦΠΑ και εξάμηνη (6 μήνες) προαίρεση προϋπολογιζόμενης δαπάνης 127.360,43 Ευρώ άνευ ΦΠΑ (CPV ..., ..., ...), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 2-4-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...την 4-4-2018 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 4-4-2018 με συστημικό α/α .... 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 του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων που επισυνάπτεται στην από 27-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή, η οποία

## **Αριθμός απόφασης: Α202/2018**

στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά διακήρυξης ανοικτού τακτικού διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφυγή στρέφεται κατά του όρου της διακήρυξης στο Παράρτημα Ε-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ 1. ΥΓΡΟΥ ΟΞΥΓΟΝΟΥ, παρ. Β ΟΡΟΙ ΠΟΥ ΠΡΕΠΕΙ ΝΑ ΠΛΗΡΟΙ Ο ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΗΣ ΥΓΡΟΥ ΟΞΥΓΟΝΟΥ σελ. 30-31 καθ' ο μέρος δεν περιλαμβάνει ρητό όρο σχετικά με τα δικαιολογητικά που πρέπει να προσκομίσει ο προμηθευτής, ιδίως δε όσον αφορά το γεγονός ότι δεν περιλαμβάνει πρόβλεψη σχετικά με την κατοχή και προσκόμιση από τους προμηθευτές ιατρικού οξυγόνου άδειας κυκλοφορίας ΕΟΦ. Ο δε προσφεύγων αιτιάται ότι είναι μη νόμιμοι οι όροι της προσβαλλόμενης Διακήρυξης με τους οποίους προβλέπεται ότι ο προμηθευτής θα πρέπει μετά τις 30/6/2018 να διαθέτει άδεια κυκλοφορίας για το ιατρικό πρωτοξείδιο του αζώτου, για το αέριο ιατρικό οξυγόνο και τον αναπνευστικό αέρα - respal, καθώς και μη νόμιμη η παράλειψη της Διακήρυξης να ορίσει ότι η εν λόγω άδεια κυκλοφορίας απαιτείται και για το υγρό ιατρικό οξυγόνο, λόγω παράβασης των άρθρων 71 παρ. 1, 75 παρ. 1 και 5 και 104 παρ. 1 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τα άρθρα 2 και 7 παρ. 1 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β΄/1049/29-4-2013) και του άρθρου 6 παρ. 1 της Οδηγίας 2001/83/ΕΚ. Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται παράβαση των άρθρων 71 παρ. 1, 75 παρ. 1 και 5 του ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με τα άρθρα 2 και 7 παρ. 1 της ΥΑ Δ.ΥΓ3α/Γ.Π. 32221/2013 (ΦΕΚ Β΄/1049/29-4-2013) και του άρθρου 6 παρ. 1 της Οδηγίας 2001/83/ΕΚ., διατάξεις από τις οποίες προκύπτει ότι το υγρό ιατρικό οξυγόνο είναι φάρμακο και συνεπώς δεν μπορεί να διατίθεται χωρίς άδεια κυκλοφορίας. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι η Ανακοίνωση Προέδρου ΕΟΦ της 10-2-2017 στην οποία ερείδεται η ως άνω μη απαίτηση κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, πρώτον, στερείται οποιασδήποτε κανονιστικής ισχύος, δεύτερον δεν μπορεί να εφαρμοστεί ως ανεφάρμοστη στην ενωσιακή και εθνική νομοθεσία, τρίτον, ακόμη και αν θεωρηθεί ως καταρχήν κανονιστική πράξη στερείται ισχύος λόγω μη δημοσίευσης στην ΕτΚ, τέταρτον, η Ανακοίνωση δεν επικυρώθηκε από το ΔΣ του ΕΟΦ, πέμπτον, η προμήθεια θα έχει διάρκεια ένα έτος και συνεπώς θα διαρκέσει μετά την 30-6-2018 και κατ' αποτέλεσμα δεν είναι δυνατή η αποδοχή προσφοράς χωρίς τέτοια άδεια, αφού κατ' άρ. 104 παρ. 1 Ν. 4412/2016 τα απαιτούμενα προσόντα του αναδόχου, πρέπει να συντρέχουν και κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς, ενώ επιπλέον ο προσφεύγων επικαλείται τις Αποφάσεις ΔΕφΧαν 10/2017, ΔΕφΠατρ Ν29/2017, ΔΕφΘεσ 126/2017, ΔΕφΠατρ Ν1/2018 και ΔΕφΑθ 426/2017, ως και τις Αποφάσεις ΑΕΠΠ 137/2017, 120, 130 και 321/2018 που έκριναν υπέρ της βασιμότητας των ίδιων ως άνω ισχυρισμών σε έτερες υποθέσεις με

## **Αριθμός απόφασης: Α202/2018**

ταυτόσημο αντικείμενο, καθώς και ότι η ως άνω Ανακοίνωση δεν μπορεί να θεωρηθεί ως ατομική πράξη λόγω της γενικής και αφηρημένης ισχύος της. Συγχρόνως, ο προσφεύγων επικαλείται δια των ως άνω κίνδυνο δημόσιας υγείας. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων επικαλείται και αντίθεση στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, διότι, ενόψει του γεγονότος, ότι κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού είναι η χαμηλότερη τιμή, θα αντιμετωπίζονται με τον ίδιο ακριβώς τρόπο, τόσο εταιρίες οι οποίες έχουν τηρήσει τη νομιμότητα και έχουν υποχρεωθεί σε έξοδα για να εκδώσουν τις απαιτούμενες άδειες και πιστοποιητικά (άδεια κυκλοφορίας του ΕΟΦ, όπως ο προσφεύγων) όσο και εταιρίες οι οποίες δεν έχουν φροντίσει να εκδώσουν τις απαιτούμενες άδειες και πιστοποιητικά, οι οποίες λόγω του ότι δεν έχουν υποβληθεί μάλιστα στα απαιτούμενα έξοδα μπορεί να υποβάλουν και χαμηλότερη προσφορά. Προς τούτο, ο προσφεύγων αιτείται ακύρωση του παραπάνω όρου της διακήρυξης και τροποποίησή της, με τη συμπερίληψη υποχρέωσης κατοχής και προσκόμισης από τους υποψήφιους προμηθευτές άδειας κυκλοφορίας του ΕΟΦ για το προϊόν. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται αντίθεση της σελ. 4 της διακήρυξης περί δυνατότητας υποβολής εκ μέρους των συμμετεχόντων δικαιολογητικών όχι ηλεκτρονικά, αλλά μόνο στο πρωτόκολλο του νοσοκομείου, καθώς αντιτίθεται στο άρ. 36 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 ΥΑ 56902/215/2017.

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

### **Αριθμός απόφασης: Α202/2018**

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) εμπλεκομένων 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 εμπλεκομένων 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

## **Αριθμός απόφασης: Α202/2018**

των εμπλεκομένων 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 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 συγκεκριισμό της ταχύτητας με την αποτελεσματικότητα, δια της αποτροπής δημιουργίας τετελεσμένων που θα καταστήσουν εν τέλει την προδικαστική προστασία αλυσιστελή 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

## **Αριθμός απόφασης: Α202/2018**

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 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 ...και ποσού ευρώ 1.910,41 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω τράπεζας ALPHA BANK της 27-4-2018, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Περαιτέρω, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί προμήθειας αγαθού, και του χρόνου αποστολής της προς δημοσίευση 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, επικαλούμενος χρόνος γνώσης εκ του προσφεύγοντος την 19-4-2018, δηλαδή την δέκατη πέμπτη από την από 4-4-2018 δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, ενώ το παραγόμενο τεκμήριο γνώσης την 15<sup>η</sup> ημέρα από την από 4-4-2018 δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ και άσκηση της προσφυγής την όγδοη ημέρα από τον κατά τα ως άνω χρόνο γνώσης), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει 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 προκείμενο διαγωνισμό, οι δε όροι που

## **Αριθμός απόφασης: Α202/2018**

προσβάλλει, όπως επικαλείται, πλήττουν την ισότιμη μεταχείρισή του είτε δια της παρανομίας τους είτε και δια της ασάφειάς τους, επιτρέποντας τη συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων χωρίς τα νόμιμα προσόντα, τα οποία όμως εσφαλμένα δεν συμπεριέλαβε η διακήρυξη και συγκεκριμένα συμπεριέλαβε, ήτοι την απαίτηση άδειας κυκλοφορίας, με απαίτηση όχι κατά τον χρόνο υποβολής προσφορών αλλά μετά την 30-6-2018. 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 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, θα οδηγήσει αναπόφευκτα είτε σε συμμετοχή του υπό δυσμενείς συνθήκες με εξομοίωσή του με άλλους μετέχοντες μη πληρούντες τα νόμιμα προσόντα είτε, σε κάθε περίπτωση, σε αμφισβήτηση περί της διαφάνειας και ισότητας στην αξιολόγηση

## **Αριθμός απόφασης: Α202/2018**

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 δύνανται 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 συμφέρον της αναθέτουσας, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμους όρους, ως και περαιτέρω ανάγκης ματαιώσεως της όλης 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. Εξάλλου, η τυχόν μεταγενέστερη ματαίωση της διαδικασίας θα επιφέρει βλάβη και στον ίδιο τον προσφεύγοντα, αφού θα θέσει αυτόν σε δυσμενή μεταχείριση. Τούτο διότι στην περίπτωση που ο επίμαχος όρος κριθεί παράνομος, ενώ έχει προχωρήσει η διαδικασία στην αξιολόγηση των προσφορών και τελικώς αυτή ματαιωθεί και επαναπροκηρυχθεί, τυχόν οικονομικός φορέας που εξαρχής δεν πληρούσε τον παρανόμως παραλειφθέντα όρο θα έχει τη δυνατότητα, στο ενδιάμεσο διάστημα, να αποκτήσει το πρώτον το οικείο προσόν και ούτως να εξομοιωθεί με τον προσφεύγοντα, ενώ αν η διαδικασία είχε ανασταλεί έως και την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ και εν τέλει λάμβανε χώρα με τον νόμιμο πλέον όρο, ο προσφεύγων θα ήταν ο μόνος έχων το νόμιμο προσόν, πολλώ δε μάλλον αφού η όποια καθυστέρηση και ενδιάμεση παρέλευση διαστήματος θα είναι πολύ μικρότερη από αυτήν που θα προκύψει αν τυχόν προχωρήσει η διαδικασία και εκ των υστέρων εν τέλει ματαιωθεί, το δε ως άνω ζήτημα συνέχεται με τη λυσιτέλεια της παρεχόμενης προδικαστικής προστασίας και δη την ουσιαστική αποτελεσματικότητα αυτής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 137/2017). 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



## **Αριθμός απόφασης: Α202/2018**

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 484/2018 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου, για την 14-5-2018, ήτοι εντός λίαν συντόμου χρονικού διαστήματος και δη δέκα (10) ημέρες μετά τον αρχικώς ορισθέντα καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών (4-5-2018 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 4-5-2018 ήτοι δέκα (10) 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 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 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 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 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

## **Αριθμός απόφασης: Α202/2018**

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. 484/2018 Πράξης Προέδρου 6<sup>ου</sup> Κλιμακίου ορίστηκε ως χρόνος εξέτασης της Προσφυγής η 14-5-2018, ήτοι ημέρα δέκα 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 21-5-2018, 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 εικοσαημέρου του άρ. 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 22-5-2018 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**

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 21ης Μαΐου 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.

**Αριθμός απόφασης: Α202/2018**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2-5-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ**