

**Η**

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Αυγούστου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Πηνελόπη Ταμανίδη Μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 8-8-2019 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/994/12-8-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την παραπάνω προδικαστική προσφυγή ζητά να τροποποιηθούν οι προσβαλλόμενοι όροι επί της διακήρυξης με αρ. ....περί ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ....., αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 10.427.419,35 ευρώ και επιμέρους αξίας της 4<sup>ης</sup> ΟΜΑΔΑΣ ΚΛΙΝΕΣ ΣΤΡΩΜΑΤΑ ΝΟΣΗΛΕΙΑΣ 528.225,81 ευρώ και 6<sup>ης</sup> ΟΜΑΔΑΣ ΑΝΑΠΝΕΥΣΤΗΡΕΣ 250.000 ευρώ, η οποία διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ 26-7-2019, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ .....την 30-7-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ..... την 30-7-2019.

Με το ειδικότερο αίτημα προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνει ο προσφεύγων στην προσφυγή του, ζητά την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως και τη λήψη κάθε άλλου προσωρινού μέτρου, έως και την έκδοση Απόφαση από την ΑΕΠΠ.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

## Αριθμός απόφασης: Α376/2019

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με στοιχεία .....και ποσού ευρώ 3.891,13), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

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. Περαιτέρω, 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,

## **Αριθμός απόφασης: Α376/2019**

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 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 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, σκοπεύει στον συγκεκριισμό της ταχύτητας με την αποτελεσματικότητα, δια της αποτροπής

## **Αριθμός απόφασης: Α376/2019**

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

3. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, που επισυνάπτεται στην από 8-8-2019 εμπροθέσμως ασκούμενη (κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν.4412/2016) προσφυγή κατά της από 30-7-2019 δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξη (περί της οποίας ο προσφεύγων δηλώνει γνώση την 31-7-2019 εντός της προσφυγής του), η οποία λόγω του ποσού της εκτιμώμενης αξίας της τελευταίας και του χρόνου αποστολής της προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, αρμοδίως ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ. Περαιτέρω ο προσφεύγων δηλώνει την πρόθεση υποβολής προσφοράς του στις Ομάδες 4 και 6 της διακήρυξης, πλην όμως επικαλείται τον αποκλεισμό του και από τις δύο, λόγω μη περαιτέρω τμηματοποίησής τους και δη εξαιτίας της συμπερίληψης μη συνδεόμενων μεταξύ τους ειδών σε έκαστη εξ αυτών. Σε

## **Αριθμός απόφασης: Α376/2019**

κάθε περίπτωση, το ειδικότερο ζήτημα του εννόμου συμφέροντός του περί της προβολής των συγκεκριμένων ισχυρισμών και δη όσον αφορά τη βλάβη του από τη συμπερίληψη συγκεκριμένων ειδών εντός καθεμίας εκ των ως άνω δύο ομάδων, θα κριθεί στο πλαίσιο οριστικής εξέτασης της προσφυγής, δεδομένου ότι απαιτεί ενδελεχή έλεγχο των αιτιάσεων του προσφεύγοντος, που συνεχονται εξάλλου με την εξέταση του ουσία βασίμου αυτών. Σε κάθε περίπτωση κατά το παρόν στάδιο εξέτασης περί χορήγησης προσωρινών μέτρων και ειδικώς όσον αφορά τους κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη, σκοπούς, περιεχόμενο και χαρακτήρα του σταδίου αυτού, η προσφυγή δεν προκύπτει ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Συνεπώς, δεν πληρούνται οι όροι του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 και επομένως, 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 39/2017.

4. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, δια της Πράξης Προέδρου 1ου Κλιμακίου 1264/2019, η προσφυγή ήδη ορίστηκε προς εξέταση την 26-8-2019, ενώ καταληκτικός χρόνος υποβολής προσφορών έχει οριστεί η 16-9-2019. Συνεπώς, δεδομένης της απόστασης του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών και του χρόνου εξέτασης της προσφυγής (χρονική απόσταση επαρκής για την έκδοση απόφασης, ακόμη και σε περίπτωση ανάγκης αναβολής της εξέτασης για τυχόν διαδικαστικό λόγο), προκύπτει ότι δεν υφίσταται ενδιάμεσος κίνδυνος του προσφεύγοντος ή οιοδήποτε άλλου μέρους από την πρόοδο της διαδικασίας, αφού ούτως ή άλλως η διαφορά θα έχει επιλυθεί δια οριστικής Απόφασης, προ περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών. Κατ' αποτέλεσμα, αλυσιτελώς και άνευ κινδύνου του προσφεύγοντος, προβάλλεται το οικείο αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και είναι επομένως, απορριπτέο.

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Απορρίπτει το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

**Αριθμός απόφασης: Α376/2019**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13-8-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝ/ΝΟΣ**